CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 8 mars 1994 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Introduction

1. Dans la présente demande de décision préjudicielle, le Bundesgerichtshof soulève des questions visant à l'interprétation de deux dispositions importantes de la convention de Bruxelles, à savoir l'article 5, point 1, relatif à la détermination du lieu d'exécution d'une obligation, ainsi que (le cas échéant) l'article 17 relatif aux conventions attributives de juridiction. Selon les indications du Bundesgerichtshof, les deux dispositions précitées sont applicables soit dans la version de 1978 soit dans la version (identique) de 1982.

2. Ces questions se posent dans le cadre d'un recours par lequel Stawa Metallbau GmbH exige devant la juridiction du lieu de son siège, Bielefeld, de son cocontractant à Londres, la société Custom Made Commercial Ltd, le paiement (partiel) des sommes dues pour des portes et des fenêtres qu'elle a fabriquées.

3. Ces marchandises étaient destinées à un complexe immobilier à Londres. Le prix convenu était libellé en livres sterling. Le contrat sur lequel se fonde cette prétention était le premier conclu entre les parties. Il a été conclu verbalement à Londres, le 6 mai 1988, après des négociations entre les parties menées en langue anglaise.

4. La demanderesse a confirmé la conclusion du contrat par une lettre du 9 mai 1988 rédigée en anglais. Dans cette lettre, il était dit, entre autres:

« Nous nous référons à notre réunion du 6 mai et confirmons votre commande portant sur la fabrication de portes et de fenêtres pour le projet 'Cranbrook Estate', conformément à nos conditions générales de vente et de fourniture.

... »

5. A cette lettre étaient jointes pour la première fois les conditions générales de vente

* Langue originale: l'allemand.

de Stawa, rédigées en allemand et dont l'article 8 énonce:

« Article 8: Compétence territoriale

Le lieu d'exécution et la juridiction compétente pour tout litige entre les parties résultant des relations contractuelles sont à Bielefeld, dans la mesure où l'acheteur est un commerçant, une personne morale de droit public ou un établissement de droit public ayant un budget spécial. »

6. La défenderesse n'a pas élevé d'objection à l'encontre de ces conditions générales de vente.

7. Le Bundesgerichtshof a constaté que le contrat en cause était soumis à la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (ci-après « loi uniforme sur la vente »), dont le texte est annexé à la convention de la Haye du 1er juillet 1964 [1]. Selon l'article applicable ici, l'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, de ladite loi uniforme, le lieu de l'exécution de l'obligation de paiement du prix est le lieu où l'entreprise est établie ou à défaut la résidence habituelle du vendeur.

8. Eu égard à la procédure devant les juridictions nationales, il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que la demanderesse a d'abord obtenu un jugement par défaut du Landgericht Bielefeld, qui a condamné la défenderesse à lui verser la somme litigieuse. La défenderesse ayant formé opposition à l'encontre de ce jugement, le Landgericht a, par jugement interlocutoire, déclaré la demande recevable. L'Oberlandesgericht Hamm a rejeté la demande dont il avait été saisi en appel. En ce qui concerne la compétence internationale des juridictions allemandes, il s'est fondé sur l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles, puisqu'en application de l'article 59 de la loi uniforme sur la vente il a considéré le siège de la demanderesse comme lieu d'exécution au sens de cette disposition.

9. Saisi d'un pourvoi en Revision contre l'arrêt de l'Oberlandesgericht Hamm, le Bundesgerichtshof a déféré à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) a) Lorsqu'il s'agit d'une demande en paiement du prix dû, formée au titre d'un contrat d'entreprise par un fournisseur à l'encontre d'un client, que ce contrat est soumis, d'après les règles de conflit de la juridiction saisie, au droit uniforme de la vente et qu'en conséquence le lieu d'exécution de l'obligation de paiement de ce prix est le lieu d'établissement du fournisseur demandeur à l'action, le lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire doit-il être déterminé conformément au droit matériel qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie?

1 — *Recueil des Nations unies*, tome 834, p. 107 et suiv.

b) En cas de réponse négative de la Cour de justice à la question 1, sous a):

Comment, dans un tel cas, le lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire doit-il être déterminé?

2) Au cas où il résulterait des réponses données aux questions 1, sous a), et 1, sous b), que la compétence internationale des juridictions allemandes ne pourrait se fonder sur l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire:

a) Une clause attributive de juridiction peut-elle avoir été valablement conclue au sens de l'article 17, premier alinéa, deuxième phrase, troisième branche de l'alternative, de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire, lorsqu'un fournisseur, après la conclusion verbale d'un contrat, a confirmé par écrit à son client cette conclusion et que, pour la première fois, il a joint à cette lettre de confirmation ses conditions générales de vente contenant une clause attributive de juridiction, que le client n'a pas élevé d'objection contre cette clause, que, au lieu du siège du client, il n'existe aucun usage selon lequel le silence faisant suite à une telle lettre devrait être considéré comme une acceptation de la clause attributive de juridiction, qu'un tel usage est également inconnu du client et qu'il s'agit du premier contact commercial entre les parties?

b) En cas de réponse affirmative de la Cour de justice à la question 2, sous a):

Cette réponse est-elle également valable lorsque les conditions générales de vente contenant la clause attributive de juridiction sont rédigées dans une langue inconnue du client et différente de celle des négociations et du contrat, et lorsque, dans la lettre de confirmation rédigée dans la langue des négociations et du contrat, il est fait référence de manière globale aux conditions générales de vente jointes, mais pas de manière spécifique à la clause attributive de juridiction?

3) En cas de réponse affirmative de la Cour de justice aux questions 2, sous a), et 2, sous b):

Dans le cas d'une clause attributive de juridiction contenue dans des conditions générales de vente, et satisfaisant aux conditions de validité d'une telle clause posée par l'article 17 de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire, cet article interdit-il en outre de vérifier sur la base du droit matériel

national applicable en vertu des règles de conflit de la juridiction saisie si la clause attributive de juridiction a été valablement incluse dans le contrat conclu entre les parties? »

B — Analyse

Sur la première question posée par la juridiction de renvoi

10. *I* — L'article 5, point 1, de la convention, qu'il convient de discuter suite à la première question posée par le Bundesgerichtshof, est rédigé comme suit:

« Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant:

1. En matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ... »

11. Comme cela résulte clairement de l'ordonnance de renvoi, le Bundesgerichtshof cherche à faire clarifier, dans le cadre de cette disposition, la notion de « lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Il souhaite plus précisément savoir s'il y a lieu, dans des cas comme celui de l'espèce, de déterminer le sens de cette notion — ci-après « lieu d'exécution » — conformément au droit matériel qui régit l'obligation litigieuse, selon les règles de conflit de la juridiction saisie. Dans le cas contraire, il souhaite savoir de quelle autre manière il convient de déterminer le lieu d'exécution.

12. *II* — Pour résoudre ces problèmes, il est important, à notre avis, d'expliquer plus en détail leur contexte, à savoir l'objectif de l'article 5, point 1, de la convention, l'origine de la notion litigieuse et sa place dans la convention de Bruxelles ainsi que la jurisprudence de la Cour qui lui est consacrée.

13. *1)* S'agissant de l'objectif de l'article 5, point 1, il résulte du rapport Jenard [2] que l'adoption de règles de compétence spéciales dans la convention, se justifiait

« par la considération qu'il existe un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à en connaître ».

2 — JO 1979, C 59, p. 1 et 22, colonne de droite, avant-dernier paragraphe.

14. S'agissant notamment de l'article 5, point 1, le rapport Jenard énumère un certain nombre de cas qui montrent, à titre d'exemple, l'intérêt de définir ainsi la compétence de la juridiction du lieu d'exécution:

« Le for du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée présente un intérêt pour des actions en recouvrement d'honoraires: le créancier aura le choix entre les tribunaux de l'État du domicile du défendeur et le tribunal d'un autre État dans le ressort duquel la prestation a été effectuée, notamment lorsque, selon la loi applicable, l'obligation de payer doit être exécutée au lieu de la prestation des services. Ce for est également utile lorsque des mesures d'expertise ou d'enquête sont nécessaires » [3].

15. Cette interprétation de l'objectif de l'article 5, point 1, a été expressément reprise par la Cour. Dans l'arrêt du 6 octobre 1976, Tessili [4], il est indiqué à cet égard, en ce qui concerne la liberté d'option entre différentes juridictions prévue par l'article 5:

« Cette liberté d'option a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès » [5].

16. En d'autres termes, ceux de l'avocat général M. Mancini, selon cette interprétation, le juge du lieu où l'obligation alléguée a été ou doit être exécutée a, « du fait de sa proximité physique avec le rapport controversé, les meilleures chances de l'apprécier avec la plus grande connaissance possible des données de l'affaire » [6].

17. Mais certains auteurs entendent l'objectif de l'article 5, point 1, de manière différente.

18. Ainsi, la juridiction du lieu d'exécution est considérée par certains, qui se fondent à cet égard sur des motifs différents, comme un élément d'un système dans lequel les avantages et les risques en matière de compétence judiciaire sont répartis de manière équitable entre le demandeur et le défendeur [7]. Les partisans de cette thèse tentent, sur cette base — et avec des résultats très divers — de faire de l'article 5, point 1, de la convention, un contrepoids à la règle énoncée par l'article 2 [8].

19. Sur ce point, nous estimons qu'une juste répartition au sens précité est un objectif tout à fait légitime. Les rédacteurs de la

3 — Pages 23 et 24 du rapport Jenard (voir note précédente).

4 — 12/76, Rec. p. 1473.

5 — Point 13 de l'arrêt.

6 — Conclusions du 1er février 1983 dans l'affaire Peters, (34/82, Rec. 1983, p. 1005, 1010).

7 — Par exemple Schack: *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Francfort 1985, points 144 et suiv. 207 et 218; Spellenberg: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, p. 75, 76 et suiv.

8 — Voir aussi Geimer: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, p. 85, 87.

convention ont, eux aussi, visiblement tenu compte de ce type de considérations [9]. Comme le montrent les passages du rapport Jenard que nous venons de citer, les rédacteurs de la convention sont toutefois partis de l'idée que l'article 5, point 1, satisfait précisément au principe de la « juste répartition » puisqu'il est justifié par des motifs *objectifs*, liés aux différents « litiges » [10].

20. On peut se poser des questions sur le point de savoir si une telle idée appliquée à l'ensemble du champ d'application de la disposition précitée résiste à un examen critique [11]. Il s'agit toutefois d'un choix politique fondamental que la Cour est tenue de respecter. La Cour ne devrait pas, par conséquent, chercher à définir l'objectif de l'article 5, point 1, de manière systématique sur la base de sa propre conception de ce qui est « juste ». Sur ce point, la Cour procède du reste avec une circonspection particulière. Ce n'est que dans le domaine du droit du travail, qui est marqué par l'importance particulière des contrats de travail sur le plan social, que la Cour a admis qu'il soit tenu compte de ces considérations relatives à la protection de la partie la plus faible, et uniquement de manière *complémentaire* à ses réflexions sur le juge territorialement le plus qualifié [12].

21. Nous ne partageons pas non plus l'opinion selon laquelle l'article 5, point 1, tire sa justification de l'idée que le débiteur doit être attrait devant la juridiction du lieu où il doit fournir la prestation, selon les règles du droit matériel applicable [13]. Cette conception semble se fonder sur la constatation que le défendeur potentiel s'est engagé par contrat à fournir une prestation dans un lieu donné et qu'il doit par conséquent accepter également d'être attrait devant la juridiction de ce lieu. A cela il convient de rétorquer que le lieu où la prestation devait être fournie, tel qu'il est défini par la loi applicable, n'autorise pas une telle conclusion. La solution précitée est par ailleurs d'autant plus problématique dans les cas comme celui de l'espèce. En droit matériel, le lieu d'exécution des obligations de paiement détermine la plupart du temps [14] uniquement la répartition des risques et des charges liés au transfert de sommes d'argent, dont la disponibilité ne dépend pas du lieu d'exécution de la prestation. Nous ne parvenons pas à comprendre ce que cette répartition purement économique des risques a à voir avec la question de savoir si le débiteur doit accepter que le créancier l'attaque devant telle juridiction ou telle autre.

22. *2)* Examinons maintenant la notion de lieu d'exécution, lieu qui, selon la conception des rédacteurs de la convention, doit permettre, dans le domaine d'application de l'article 5, point 1, de déterminer une juridiction proche des faits.

9 — Voir les considérations développées dans le rapport Jenard (note 2) en ce qui concerne la question du for du lieu où l'obligation est née: p. 23, avant-dernier paragraphe.

10 — Voir arrêt du 17 juin 1992, Handte (C-26/91, Rec. p. I-3967, points 11-13).

11 — Voir Schack: *loc. cit.*, points 146 et 353.

12 — Voir les arrêts suivants, qui concernent tous des faits antérieurs à la modification de la convention par la convention de San Sebastian (JO 1989, L 285): arrêts du 26 mai 1982, Ivenel (133/81, Rec. p. 1891, point 16); du 15 février 1989, Six Constructions (32/88, Rec. p. 341, point 14 en liaison avec le point 13), et du 13 juillet 1993, Mulox (C-125/92, Rec. p. I-4075, point 18).

13 — Geimer/Schütze: *Internationale Urteilsanerkennung*, tome I, premier volume, Munich, 1983, p. 553.

14 — Le droit allemand, qui fait une différence entre les questions du lieu d'exécution et celles de la répartition des risques du transfert, constitue une exception à cet égard: voir article 270 du *Bürgerliches Gesetzbuch*, notamment son paragraphe 4.

23. La notion de lieu d'exécution provient du *droit matériel.*

24. Dans ce domaine, l'*exécution* représente une action par laquelle la prestation due est fournie au créancier, dont la prétention est ainsi éteinte. Si cette prétention était fondée par un contrat — ce n'est que dans ce cas qu'elle est visée par l'article 5, point 1 —, le mot « exécution » signifie en outre qu'un des objectifs du contrat défini par les parties est atteint, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une prétention qui porte sur une des deux prestations principales (échangées).

25. Le *lieu d'exécution*, qui constitue la dimension spatiale de l'exécution, serait donc, pourrait-on en déduire, le lieu où la prétention du créancier est éteinte par le fait que le débiteur s'est acquitté de la prestation due et, en ce qui concerne la prestation principale, le lieu où l'objet du contrat est atteint en tout ou en partie.

26. Cette conclusion doit toutefois être soumise à une double réserve. Premièrement, elle ne donne pas une image exacte de l'objectif des dispositions matérielles relatives au lieu d'exécution. Ces dispositions ne doivent pas seulement, à défaut d'un accord, concrétiser les obligations des parties, mais également délimiter les domaines de responsabilité réciproque des parties, au cas où des irrégularités surgiraient lors de l'exécution du contrat [15]. Selon les obligations contractuelles concernées, l'accent est mis tantôt sur l'un, tantôt sur l'autre des objectifs précités. S'agissant de l'obligation de paiement d'un prix prévu par contrat, la détermination du lieu d'exécution sert, comme nous l'avons déjà exposé, en tout premier lieu à répartir certains risques. Il en va également ainsi en ce qui concerne la règle applicable ici, inscrite à l'article 59, paragraphe 1, de la loi uniforme sur la vente, qui prévoit que l'obligation de paiement de l'acheteur consiste en une obligation portable. Cette règle est fondée sur l'idée que c'est au débiteur d'une somme d'argent de supporter les risques liés aux opérations de paiement [16].

27. Il y a lieu, en second lieu, de préciser que, dans le cadre de la délimitation des responsabilités des parties, le lieu de l'*action due* aux fins de l'exécution du contrat et celui où cette action *atteint son objectif* peuvent diverger. Il n'est besoin à cet égard que de renvoyer à l'article 19, paragraphe 2, de la loi uniforme sur la vente. Selon cet article, dans le cas où le contrat implique un transport de la chose et lorsqu'aucun autre lieu n'a été convenu pour la délivrance, celle-ci se réalise par la remise de la chose au transporteur pour transmission à l'acheteur. L'objectif du contrat, qui consiste à donner à l'acheteur la possession sur la chose, n'est atteint que lorsque celui-ci reçoit la marchandise. Par contre, la responsabilité du vendeur est terminée dès le moment où il a remis la marchandise au transporteur selon les modalités prévues (voir également les articles 97, paragraphe 1, et 96 de la loi uniforme sur la vente).

15 — Schack: *loc. cit.* (note 7), point 10.

16 — Dölle: *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, Munich 1976, article 59, point 7.

28. Il y a lieu d'ajouter que, selon le droit matériel, toute obligation contractuelle peut avoir son propre lieu d'exécution. Il n'est par conséquent pas exclu que deux obligations résultant d'un même contrat aient des lieux d'exécution différents, même lorsqu'elles présentent des rapports étroits sur le plan économique.

29. *3)* Il y a lieu de retenir en conclusion de nos réflexions sur ce point qu'un for qui a été déterminé sur la base d'une notion tirée du *droit matériel* se justifie pour des *motifs de procédure*, tels que la nécessité de déterminer une juridiction proche des faits.

30. Dans la présente affaire, ce décalage est particulièrement frappant. Il suffit d'indiquer que l'article 59, paragraphe 1, de la loi uniforme sur la vente sert en premier lieu à la répartition des risques, en toute hypothèse, dans les conditions actuelles de paiement.

31. Avant d'analyser la jurisprudence de la Cour de justice, nous aimerions profiter de la remarque que nous venons de faire pour écarter un malentendu qui pourrait résulter d'une lecture superficielle de l'ordonnance de renvoi.

32. Plus précisément, nous considérons que la combinaison des articles 5, point 1, de la convention, et 59, paragraphe 1, de la loi uniforme ne doit pas être considérée comme problématique du seul fait que cette combinaison fonde une compétence de juridiction au lieu de résidence ou d'établissement du demandeur. Une telle réserve ne saurait être fondée que si on lisait dans la convention une sorte d'« antipathie » générale à l'encontre de la compétence de la juridiction du demandeur et qu'on en faisait un critère à l'aide duquel il y aurait lieu, le cas échéant, de corriger le résultat d'une interprétation. Il faut, certes, à cet égard, admettre que la convention a retenu, en son article 2, comme règle générale, la compétence des juridictions du domicile du défendeur, en écartant dans son article 3 l'application des dispositions nationales prévoyant de tels fors de compétence [17]. On ne saurait non plus contester que, compte tenu des articles précités, la convention « était clairement hostile à l'admission de la compétence des juridictions du domicile du demandeur, en dehors des cas expressément prévus » [18]. Pourtant, de telles « exceptions » aux conditions prévues aux articles 5 et suivants ne sont pas rares du tout. Les articles 13 et 14, relatifs à la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs, le démontrent clairement. La juridiction compétente en vertu de l'article 5, point 3 (lieu où le fait dommageable s'est produit en matière délictuelle ou quasi délictuelle), peut selon le cas également avoir pour conséquence que c'est la juridiction du domicile du demandeur qui est compétente. Il n'est par conséquent pas justifié de tirer d'une « antipathie » plus ou moins grande qui apparaît dans la convention, vis-à-vis de la juridiction du domicile du demandeur, des conclusions en faveur d'une certaine interprétation.

33. La seule conclusion convaincante qui résulte du système prévu par les arti-

17 — Voir l'arrêt du 11 janvier 1990, Dumez France et Tracoba (C-220/88, Rec. p. I-49, point 16).

18 — Arrêt du 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Rec. p. I-139, point 17).

cles 2, 3, 5 et suivants nous semble être celle dont la Cour est partie dans les arrêts Shearson Lehman Hutton [19] et Dumez France [20]. Elle consiste à dire que, dans le cas d'une interprétation des articles 5 et suivants qui a pour résultat que la juridiction compétente est celle du domicile du demandeur, il y a lieu d'examiner avec une attention particulière le point de savoir si cette interprétation concorde avec l'objectif de cette disposition [21]. Par conséquent, le Bundesgerichtshof touche au coeur du problème, dans la mesure où il fonde ses doutes sur le fait que la combinaison des articles 5, point 1, de la convention, et 59, paragraphe 1, de la loi uniforme a « pour conséquence une compétence *générale* du domicile du demandeur » [22].

34. *4)* Comment la jurisprudence de la Cour a-t-elle réagi à la structure de l'article 5, point 1, telle que nous l'avons définie précédemment?

35. *a)* Dans les deux premiers arrêts que la Cour a consacrés à la convention, le 6 octobre 1976, elle a dû définir les règles selon lesquelles il convient de déterminer le lieu d'exécution, d'une part, en ce qui concerne le choix des obligations à prendre en considération [23] et, d'autre part, en ce qui concerne le choix des dispositions ou des principes applicables dont résulte pour les obligations précitées le lieu d'exécution [24].

19 — Voir note 18.

20 — Voir note 17.

21 — Voir également les arrêts du 27 septembre 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565, points 8 et 9), et Six Constructions, précité (note 12), point 18.

22 — P. 14 de l'ordonnance de renvoi; c'est nous qui soulignons.

23 — De Bloos (14/76, Rec. p. 1497).

24 — Arrêt Tessili, précité (note 4).

36. En ce qui concerne ces deux aspects, la Cour s'est ralliée à une interprétation matérielle de la disposition en cause ici.

37. Conformément aux réflexions que nous avons développées précédemment, à savoir que, selon le droit matériel, les obligations d'un rapport contractuel ne doivent pas forcément être toutes exécutées au même endroit, la Cour a jugé dans l'affaire de Bloos, en ce qui concernait les créances détenues par un concessionnaire d'un contrat de distribution exclusif à l'encontre de ses fournisseurs:

« Aux fins de la détermination du lieu d'exécution au sens de l'article 5 précité, l'obligation à prendre en considération est celle correspondant au droit contractuel sur lequel se fonde l'action du demandeur » [25].

38. Selon les termes employés par la Cour de justice, cette solution est fondée, d'une part, sur la volonté d'éviter dans la mesure du possible, la multiplication des chefs de compétence judiciaire par rapport à un même contrat; la Cour a par conséquent refusé d'interpréter cet « article comme se référant à n'importe quelle obligation découlant du contrat en cause » [26]. Elle est fondée, d'autre part, sur le libellé de cet article en allemand et en italien, applicable dans la version de 1968 à l'époque.

25 — Point 13 de l'arrêt de Bloos.

26 — Point 10 de l'arrêt de Bloos.

39. La Cour a toutefois atténué le principe susmentionné pour le cas dans lequel les obligations qui font l'objet du litige ont pris la place d'obligations contractuelles qui n'ont pas été remplies. Dans ce cas, l'obligation au sens de l'article 5, point 1, continue d'être l'obligation dont l'inexécution est invoquée pour justifier de telles demandes [27]. Comme le fait apparaître clairement une comparaison de l'arrêt avec les conclusions [28], dans l'affaire précitée, ce principe doit, lui aussi, éviter un morcellement des juridictions compétentes et, plus précisément, favoriser le traitement des questions connexes par la même juridiction.

40. C'est également en se fondant sur le droit matériel que, dans l'arrêt Tessili susmentionné, la Cour a fixé les critères déterminant le choix des dispositions et des principes applicables dont le lieu d'exécution de l'obligation résulte concrètement.

41. Dans cet arrêt le « lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée » au sens de l'article 5, point 1, de la convention

« est déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie » [29].

42. Trois aspects de la motivation de l'arrêt méritent d'être mis en exergue.

43. Le premier concerne le critère selon lequel il convient d'apprécier si une notion de la convention doit être interprétée de manière autonome — et, partant, commune à tous les États membres — ou comme un renvoi de règles de droit applicables selon les règles de conflit de la première juridiction saisie du litige. A cet égard, la Cour de justice a jugé que

« Aucune de ces deux options ne s'impose à l'exclusion de l'autre, le choix approprié ne pouvant être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la convention, de façon toutefois à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l'article 220 du traité » [30].

44. La Cour exprime sur ce point une autre réserve en relation avec la portée limitée de la convention:

« En tout cas, il y a lieu de souligner que l'interprétation desdites expressions et notions aux fins de la Convention ne préjuge pas la question de la règle matérielle applicable à la situation litigieuse » [31].

27 — Points 14 et 15.

28 — Conclusions de l'avocat général M. Reischl du 15 septembre 1976 (Rec. 1976, p. 1511, 1518).

29 — Dispositif de l'arrêt Tessili.

30 — Point 11 de l'arrêt Tessili.

31 — Voir note précédente.

45. S'agissant du choix entre une interprétation autonome et le renvoi au droit des conflits du for, la Cour s'est décidée en premier lieu pour un critère pragmatique: il faut d'abord aboutir à un « choix approprié ». Il convient de tenir compte à cet égard du fait que la convention en tant que telle poursuit des objectifs très différents [32]: renforcement de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté en vue de supprimer les entraves aux relations juridiques et à la solution des litiges [33]; octroi des mêmes droits et obligations pour les États contractants et les personnes intéressées [34]; nécessité d'éviter le morcellement des juridictions [35]; caractère prévisible de l'application des règles de compétence [36]. En outre, toute disposition, toute notion figurant dans la convention, a sa fonction propre qui peut présenter un rapport plus ou moins étroit avec les objectifs précités. C'est conformément à ces constatations que la Cour, même si elle a montré dans ses décisions les plus récentes une préférence générale pour une interprétation autonome [37], a jugé qu'il convenait en définitive de se réserver, dans chaque cas, le choix d'une interprétation adaptée [38].

46. Le deuxième point important de la motivation de l'arrêt Tessili, précité, est, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'elle fait mention des objectifs des juridictions spéciales prévues par la convention [39]. La Cour ne semble apparemment pas considérer que le fait de satisfaire aux objectifs de la convention par renvoi à la lex causae peut prêter à discussion. Un tel état de choses n'étonne pas non plus, puisqu'aucune des parties qui avaient présenté des observations dans cette affaire n'avait mis en cause cette solution. L'opportunité d'une interprétation autonome a, certes, été discutée, mais sous un autre angle. La discussion revenait en effet, pour l'essentiel, à mettre en balance les avantages de cette interprétation en vue d'une application uniforme de la convention et certains inconvénients qui en résultent, à savoir notamment les difficultés qu'elle entraîne en matière de droit comparé et ses conséquences (non souhaitées) sur le droit matériel des États membres.

47. L'avocat général M. Mayras [40] avait à l'époque concentré l'essentiel de ses réflexions sur la question de savoir de quelles obligations contractuelles il y avait lieu de tenir compte aux fins de l'article 5, point 1, si l'objet du litige n'est pas l'obligation principale du vendeur de livrer la marchandise,

32 — Voir le résumé qui en est fait dans l'arrêt Mulox (note 12), point 11.

33 — Voir le préambule de la convention, ainsi que le point 9 de l'arrêt Tessili (note 4).

34 — Arrêts du 14 octobre 1976, Eurocontrol (29/76, Rec. p. 1541, point 3); du 22 mars 1983, Peters (34/82, Rec. p. 987, point 9); du 8 mars 1988, Arcado (9/87, Rec. p. 1539, point 10), et du 27 septembre 1988, Kalfelis, précité, point 15; *dans le même sens*: arrêts du 21 juin 1978, Bertrand (150/77, Rec. p. 1431, points 14 à 16); du 17 juin 1992, Handte, précité (note 10), point 10, et du 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton, précité (note 18), point 13.

35 — En ce qui concerne l'article 5, point 1, voir ci-avant point 38 et note 24, et les arrêts Ivenel, précité, point 18 et 19; du 4 mars 1982, Effer (38/81, Rec. p. 825, point 6), et du 15 janvier 1987, Shevanai (266/85, Rec. p. 239, point 8). Voir ensuite les arrêts du 9 novembre 1978, Meeth (23/78, Rec. p. 2133, point 8), et du 7 mars 1987, Spitzley (48/84, Rec. p. 787, points 16 à 21).

36 — Voir arrêt Handte (note 10), point 18. Voir également l'arrêt du 20 janvier 1994, Owens Bank (C-129/92, Rec. p. I-117, point 32), qui mentionne dans ce contexte le principe de la *sécurité juridique*.

37 — Une préférence très marquée a été exprimée par exemple au point 13 de l'arrêt Shearson Lehman Hutton (note 18).

38 — Voir point 10 de l'arrêt Mulox (note 12), où il est dit que la Cour se prononce, *dans la mesure du possible*, pour une interprétation autonome des notions employées dans la convention.

39 — Voir plus haut point 15.

40 — Conclusions du 15 septembre 1976 dans l'affaire Tessili, précitée (Rec. p. 1487).

mais une prétention tirée du caractère défectueux de l'exécution que faisait valoir l'acquéreur [41]. Après que l'avocat général ait exposé qu'il y avait lieu, dans ce cas, de tenir compte de l'obligation principale mentionnée, il a discuté de manière relativement brève l'application de la lex causae. Il s'est, à cet égard, comme tel était le cas dans les observations qui ont été présentées à la Cour, uniquement penché sur le problème de l'harmonisation (ou de l'absence d'harmonisation) des règles de conflit et du droit matériel [42].

48. Nous touchons ici au troisième point de la motivation de l'arrêt Tessili pertinent aux fins de la présente espèce. La Cour y a discuté la question de savoir si, dans l'intérêt d'une harmonisation de la notion de lieu d'exécution, elle peut aller plus loin qu'un simple renvoi à la lex causae. Selon la Cour, cela est impossible « à ce stade de l'évolution juridique » et eu égard aux « divergences qui subsistent entre les législations nationales en matière de contrats et compte tenu de l'absence de toute unification du droit matériel applicable ... d'autant plus que la détermination du lieu d'exécution des obligations est tributaire du contexte contractuel auquel ces obligations appartiennent » [43].

49. Si on établit, sur la base de l'ensemble de ces considérations, un bilan des arrêts de Bloos et Tessili, précités, on constate que dans aucun de ces arrêts la Cour n'a pris prétexte de la nécessité de déterminer une juridiction proche des faits pour examiner le point de savoir s'il convient de s'écarter du droit matériel (du contrat) pour l'interprétation de l'article 5, point 1. Les réflexions de la Cour, sur la base desquelles une telle démarche a été envisagée, étaient d'une autre nature: dans la mesure où elle avait choisi dans l'arrêt de Bloos de prévoir pour les obligations résultant des obligations principales la même juridiction que pour l'obligation principale elle-même, la Cour entendait s'opposer à un morcellement des juridictions saisies de questions connexes [44]. La question envisagée dans l'arrêt Tessili, portant sur le point de savoir si il y avait lieu d'aller plus loin qu'un renvoi à la lex causae, avait été soulevée, eu égard à l'objectif visant à harmoniser, le cas échéant, la notion de lieu d'exécution [45].

50. *b)* Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a peu à peu institué un régime spécial pour les litiges en matière de droit du travail mais elle est restée, en règle générale, dans la ligne que nous venons de décrire. Examinons ces questions en détail.

51. Dans l'arrêt Ivenel déjà cité [46], qui a été rendu sur demande préjudicielle déférée à la Cour par la Cour de cassation française, il s'agissait de diverses créances d'un voyageur de commerce, à l'issue de la prétendue résiliation de son contrat, contrat que l'instance d'appel avait qualifié de contrat de travail. L'ordonnance de renvoi soulevait la question

41 — Voir notamment les pages 1490, sous le point IV, ainsi que 1491, deuxième alinéa, dans lequel l'avocat général expose sa conception du problème dont il est question dans l'affaire.

42 — Voir p. 1495.

43 — Point 14 de l'arrêt Tessili.

44 — Voir plus haut point 39.

45 — Voir plus haut point 48.

46 — Voir note 12.

de savoir quelle était, dans un tel cas, l'obligation litigieuse déterminante aux fins du critère développé dans l'arrêt Tessili [47]. La Cour devait ainsi vérifier s'il y avait lieu, dans cette affaire, de s'en tenir aux principes développés dans l'arrêt de Bloos ou de s'en écarter. Elle a opté pour cette dernière solution et dit pour droit que:

« L'obligation à prendre en considération pour l'application de l'article 5, point 1, de la convention ... en cas de demande fondée sur différentes obligations résultant d'un contrat de représentation qui lie un travailleur indépendant à une entreprise, est celle qui caractérise ce contrat. »

52. La Cour a indiqué trois motifs différents justifiant cette solution. En *premier lieu*, elle a pris en considération l'*objectif* de l'article 5, point 1, qui vise à établir la compétence d'une juridiction qui a un *lien étroit avec le litige*. Dans le cadre d'un contrat de travail, la Cour a vu ce lien « notamment dans la loi applicable au contrat » [48], qui, « en règle générale, comporte des dispositions protégeant le travailleur » [49]. Cette loi est déterminée, conformément à l'évolution des règles de conflit applicables [50], par l'obligation qui caractérise le contrat en question et qui est normalement celle d'accomplir le travail. Il s'agit ordinairement du droit du lieu où le travail est accompli.

53. En *second lieu*, la Cour a tenu compte de l'idée de la protection de la partie la plus faible sur le plan social [51].

54. Enfin, la Cour, en se fondant sur les réflexions auxquelles elle s'était livrée dans l'arrêt de Bloos [52], s'est prononcée en faveur d'une interprétation de la convention selon laquelle la « juridiction saisie ne se trouve pas amenée à se déclarer compétente pour statuer sur certaines demandes, mais incompétente pour connaître de certaines autres » [53].

55. Dans l'arrêt Shenavai [54], la Cour s'est vue obligée — bien qu'il ne se soit pas agi d'une question posée dans le domaine du droit du travail, mais d'une question qui avait trait au recours introduit par un architecte en vue de récupérer ses honoraires — de compléter les arguments de l'arrêt Ivenel sous l'angle du lien étroit avec le litige, arguments selon lesquels en droit du travail les litiges doivent être, si possible, renvoyés à une juridiction du lieu où le travail en cause a été fourni, puisque ce sont en règle générale les dispositions matérielles de ce lieu qui sont applicables [55]. De l'avis de la Cour, le fait que les contrats de travail et autres contrats semblables « créent un lien durable qui insère le travailleur dans le cadre d'une certaine organisation des affaires de l'entreprise ou de

47 — Voir plus haut point 41.

48 — Point 15.

49 — Point 19.

50 — La Cour se réfère à cet égard à la convention sur le droit applicable aux obligations contractuelles (JO 1980, L 266, p. 1).

51 — Point 16; voir aussi plus haut point 20.

52 — Voir plus haut points 38 et 39.

53 — Point 18 de l'arrêt Ivenel.

54 — Précité (note 35).

55 — Voir à cet égard les réflexions critiques de l'avocat général M. Mancini (conclusions du 4 novembre 1986 dans l'affaire Shenavai, Rec. 1987, p. 246 et 249), ainsi que de l'avocat général M. Jacobs [conclusions du 26 mai 1993 dans l'affaire Mulox (note 12), points 26 à 29].

l'employeur » [56] plaide également en faveur de la solution dégagée dans l'arrêt Ivenel.

56. Après que la Cour ait confirmé la jurisprudence Ivenel ainsi précisée dans son arrêt Six Constructions [57], elle a été saisie de l'affaire Mulox, qui concernait également un litige relatif à un contrat de travail. A la différence des affaires dont il a été question jusqu'à présent, il ne s'agissait cependant pas dans l'affaire Mulox du choix de l'obligation à prendre en considération, mais de la détermination du lieu d'exécution de l'obligation.

57. La Cour est parvenue à la conclusion que, dans le domaine du droit du travail, il n'y avait pas lieu de déterminer la notion de lieu d'exécution selon la lex causae, mais — de manière autonome — en fonction de critères uniformes qu'il y a lieu, pour elle, de définir sur la base du régime et des objectifs de la convention. En effet, les difficultés provenant des différentes conceptions relatives au lieu d'exécution de l'obligation à prendre en considération, par lesquelles la Cour avait justifié dans l'arrêt Tessili son choix d'un lieu d'exécution selon la lex causae, n'existeraient pas dans le domaine du droit du travail. Dans ce domaine, en effet, l'obligation du salarié d'accomplir l'activité qui a été convenue comme obligation principale du contrat de travail constitue l'obligation à prendre en considération au sens de l'article 5, point 1. La Cour rappelle à cet égard les particularités des contrats précités qu'elle a déjà énoncées dans sa jurisprudence antérieure: ils créent un lien durable qui insère le salarié dans l'entreprise de l'employeur et se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératives et de conventions collectives.

58. A la question de savoir où il convenait dans ce cas de situer concrètement le lieu d'exécution (déterminé de manière autonome), la Cour a répondu en ce sens qu'il s'agissait du lieu où le salarié effectue effectivement l'activité convenue avec son employeur. La Cour renvoie à cet égard aux critères qu'elle a développés dans sa jurisprudence antérieure, qui sont respectivement celui de lien étroit avec le litige et celui de la protection de la partie la plus faible.

59. Permettez-nous de faire à ce stade un bilan de la jurisprudence qui va de l'arrêt Ivenel à l'arrêt Mulox.

60. Il apparaît clairement au premier coup d'oeil que les critères énoncés dans l'arrêt Mulox en vue de déterminer le *lieu d'exécution de l'obligation* étaient déjà déterminés par avance par le *choix* que la Cour avait fait depuis l'arrêt Ivenel en ce qui concerne l'*obligation à prendre en considération* . Pour justifier cette solution, la Cour s'est fondée dans l'arrêt Mulox exclusivement sur des arguments qui avaient été déjà invoqués dans l'arrêt Ivenel (précisé par des arrêts ultérieurs) [58]. La décision en faveur d'une interprétation autonome de la notion de lieu

56 — Point 16 de l'arrêt Shenavai.

57 — Voir note 13.

58 — Voir également les conclusions de l'avocat général M. Jacobs dans l'affaire citée, fin du point 21.

d'exécution avait par conséquent été arrêtée dès l'arrêt Ivenel [59].

61. Si on prend en considération les motifs de l'arrêt Ivenel, on s'aperçoit que la Cour estimait déjà à cette époque que la détermination du lieu d'exécution en fonction des règles matérielles du contrat ne correspondait pas à l'objectif de l'article 5, point 1 — en tout cas, pas dans le domaine des contrats de travail.

62. Nous parvenons sur cette base à une double conclusion.

63. Premièrement, la jurisprudence qui vient de faire l'objet de notre analyse montre que la Cour entendait, certes, de manière générale continuer à voir déterminer le lieu d'exécution sur la base du droit matériel du contrat, mais qu'elle s'écarte cependant de ce principe lorsque son application, *dans un cas donné, ne correspond manifestement pas à l'objectif de l'article 5, point 1* . Il s'agit, selon nous, à juste titre, d'une voie moyenne entre deux extrêmes (qu'il y a lieu de rejeter): d'une part, une application rigide de l'article précité qui s'en tient strictement à son libellé, mais qui est éloignée de l'objectif dudit article [60]; d'autre part, une interprétation qui tient compte uniquement du point de vue de la proximité de la juridiction avec le litige, mais qui pourrait vider de son contenu la notion de lieu d'exécution et transformer l'article 5, point 1, en une vague règle de forum conveniens [61]. La Cour avait déjà laissé ouverte la possibilité de faire, à titre exceptionnel, une telle distinction entre les lieux d'exécution matériel et procédural dans l'arrêt Tessili — si on étudie celui-ci de plus près (voir plus haut point 44).

64. En second lieu, il s'avère que le problème du choix de l'obligation à prendre en considération et celui du critère utilisé pour déterminer le lieu d'exécution sont intimement liés. Toute interprétation qui, en s'écartant du droit matériel du contrat (comme également du libellé de certaines versions linguistiques de l'article en question), prend en considération une autre obligation que l'obligation litigieuse est un pas vers une interprétation autonome (par rapport au droit matériel régissant le contrat). Qu'on le veuille ou non, une telle interprétation influence les relations entre l'objectif de l'article 5, point 1, et le résultat de son application. Inversement, une telle correction peut — comme un des moyens envisageables — représenter un outil précis pour tenir compte de l'objectif de l'article 5, point 1, lors de son application. Une telle manière de procéder peut, comme le montre la jurisprudence que nous venons d'analyser, constituer une meilleure possibilité de solution que celle consistant à déterminer le lieu d'exécution en utilisant le droit comparé, d'autant que l'utilisation du droit comparé ne garantit pas obligatoirement que des critères qui ne sont pas adaptés pour déterminer une juridiction

59 — A cet égard, il est significatif que la décision de la cour d'appel de Metz de l'année *1982*, prise à la suite de l'arrêt Ivenel (*Bull. Civ.* 1982, V, p. 304), coïncide exactement avec les critères que la Cour de justice a énoncés en *1993* dans l'arrêt Mulox.

60 — Voir plus haut points 22 et suiv.

61 — Contre la dernière alternative mentionnée, voir Gothot-Holleaux: *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris 1985, p. 41. Voir également Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris 1972, p. 128 et suiv. (point 206).

proche du lieu du litige soient remplacés par des critères plus appropriés. La détermination du lieu d'exécution par la voie du droit comparé peut, elle, plutôt servir à renforcer l'effet d'harmonisation de l'article 5, point 1: le critère de la lex causae est, certes, uniforme [62]. Il est cependant, de par sa nature, relativement loin de la détermination concrète du lieu d'exécution.

65. Dans ce contexte, nous aimerions encore préciser que la notion d'« interprétation autonome » ne doit pas amener à supposer qu'on ne dispose, dans un cas donné, que de deux possibilités: soit déterminer le lieu d'exécution de *manière tout à fait conforme* au droit matériel, soit de *manière tout à fait indépendante* de celui-ci. Au contraire — et toujours dans l'intérêt d'une interprétation adaptée aux objectifs de la disposition en cause — un certain nombre de solutions intermédiaires sont envisageables. Qu'il nous soit permis de mentionner ici à titre d'exemple, l'arrêt de Bloos, que nous avons déjà évoqué. Dans cet arrêt, la Cour avait, comme nous nous en souvenons, jugé que, s'agissant des demandes de dommages et intérêts ou des demandes visant à l'annulation du contrat considéré, l'obligation contractuelle à prendre en considération était l'obligation dont la non-exécution avait fondé lesdites demandes. Ce pas en direction d'une interprétation autonome de l'article 5, point 1, s'accompagne toutefois à nouveau d'une référence à la lex causae: « En ce qui concerne les actions en paiement d'indemnités compensatoires, il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, *d'après le droit applicable au contrat*, il s'agit d'une obligation contractuelle autonome ou d'une obligation remplaçant l'obligation contractuelle inexécutée » [63].

66. Venons-en maintenant à la jurisprudence en dehors du domaine des contrats de travail.

67. Dans l'arrêt Shenavai [64], la Cour a statué que, dans le cas d'un litige relatif à une action en recouvrement d'honoraires intentée par un architecte chargé d'établir un projet pour la construction de maisons, l'obligation à prendre en considération est l'obligation contractuelle qui sert concrètement de base à l'action judiciaire. Pour justifier cette solution par rapport au choix différent qui avait été effectué dans l'arrêt Ivenel, la Cour a tout d'abord rappelé les arguments qui résultent de l'insertion du travailleur dans l'entreprise de l'employeur et de la circonstance que les contrats se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives [65]. La Cour de justice a ajouté que:

« Lorsque ces particularités spécifiques font défaut, il n'est ni nécessaire ni indiqué d'identifier l'obligation qui caractérise le contrat et de centraliser à son lieu d'exécution la compétence judiciaire, au titre du lieu d'exécution, pour les litiges relatifs à toutes les obligations contractuelles. En effet, la variété et la multiplicité des contrats, dans

62 — Voir conclusions de l'avocat général M. Mayras dans l'affaire Tessili (note 40), Rec. 1976, p. 1495.

63 — Fin du point 17 de l'arrêt de Bloos (note 23); c'est nous qui soulignons.

64 — Voir note 54.

65 — Point 16 de l'arrêt Shenavai.

leur généralité, sont telles que ce critère pourrait, dans ces autres cas, créer des incertitudes sur la compétence judiciaire, incertitudes que la convention a précisément pour objet de réduire.

En revanche, une telle incertitude n'existe pas, pour la généralité des contrats, lorsqu'on prend uniquement en considération l'obligation stipulée au contrat et dont l'action judiciaire poursuit l'exécution. En effet, le lieu où celle-ci doit s'exécuter constitue normalement le lien de rattachement le plus étroit entre la contestation et la juridiction compétente, rattachement qui a motivé le for du lieu d'exécution de l'obligation en matière contractuelle. »

68. Ces considérations montrent d'abord que la Cour a clairement reconnu le caractère imparfait [66] de l'article 5, point 1, puisqu'elle admet que le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse est (seulement) de « manière générale » le lieu qui présente une relation étroite entre le litige et la juridiction compétente. Ensuite, on remarquera que les réflexions de la Cour ne portent que sur un nombre limité des problèmes qui se posent. D'une part, la question de savoir si les règles relatives au lieu d'exécution de l'obligation de rémunération sont de nature à faire attribuer un litige à une juridiction proche du lieu de ce litige n'a pas été traitée. Bien que le gouvernement fédéral ait attiré l'attention sur le fait que la prise en compte de l'obligation caractéristique du contrat correspondait plutôt à l'objectif de l'article 5, point 1, qu'à la prise en compte de l'obligation de paiement (litigieuse dans l'affaire en cause), ni lui, ni aucune des parties concernées, ni la Cour n'avaient évoqué l'idée que l'article 5, point 1, n'avait manifestement pas atteint son objectif. D'autre part, comme cela résulte clairement du point 17 de l'arrêt, la seule alternative à la solution adoptée qui a été évoquée est celle qui consiste à « *centraliser* » au lieu d'exécution de l'« *obligation qui caractérise le contrat* ... la compétence judiciaire, pour les litiges relatifs à *toutes* les obligations contractuelles » [67]. Cette solution est celle que la Cour a rejetée en raison des « incertitudes » dont elle est, semble-t-il, assortie. Par conséquent, on peut considérer que la question de savoir s'il est possible de pratiquer des corrections limitées et dont les effets sont prévisibles reste encore posée.

69. En dehors du domaine des contrats de travail, il y a lieu, outre l'arrêt Shenavai, de citer également l'arrêt du 17 janvier 1980, Zelger [68], qui traitait d'une clause relative au lieu d'exécution pour le remboursement d'un prêt. La Cour a confirmé par cet arrêt la jurisprudence Tessili, puisqu'elle a considéré comme lieu d'exécution, au sens de l'article 5, point 1, le lieu qui « a été désigné par les parties par une clause valide selon le droit national applicable au contrat ». La question de savoir si cette solution est concrètement justifiée par l'« existence d'un lien de rattachement direct entre la contestation et le tribunal appelé à en connaître » [69] n'avait pas été posée. L'arrêt précité avait pour thème principal les rapports existant entre les articles 5, point 1, et 17.

66 — Il y a lieu de remarquer en passant que certains auteurs exigent même l'élimination de l'article 5, point 1, de la convention: voir par exemple Lasok/Stone: *Conflicts of Laws in The European Community*, 1987, p. 220 et suiv.

67 — C'est nous qui soulignons.

68 — 56/79, Rec. p. 89.

69 — Point 3 (à la fin) de l'arrêt.

70. *III* — Il y a lieu de répondre à la première question préjudicielle en tenant compte de toutes ces considérations.

71. *1)* Le problème soulevé par la lettre a) de cette question, à savoir *s'il* y a lieu de s'écarter de l'application de la lex causae doit s'apprécier en fonction du critère développé précédemment à partir de la jurisprudence [70]: il faut vérifier si son application dans la présente affaire ne correspond manifestement pas à l'objectif de l'article 5, point 1.

72. Il y a lieu à cet égard de constater que, pour des litiges portant sur le paiement du prix d'achat — lorsque la conclusion du contrat elle-même n'est pas litigieuse [71] —, il s'agit dans la plupart des cas de la question de savoir si la prestation fournie par le vendeur l'a été de manière régulière [72]. Parmi les juridictions qui sont territorialement proches des événements survenus en matière d'exécution du contrat, celle qui est à prendre en considération aux fins de l'objectif visé par l'article 5, point 1, est celle qui est la mieux en mesure d'apprécier la régularité de cette prestation là.

73. L'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, aboutit par contre à désigner, de manière systématique, la juridiction du lieu du domicile du créancier, puisque celui-ci devrait être avantagé, dans le cadre de la répartition des risques dans les opérations internationales de paiement. Cette constatation plaide, selon nous, pour une définition autonome du lieu d'exécution. Il y a lieu de tenir compte, à cet égard, du fait que pour l'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, de la loi uniforme sur la vente le lieu d'exécution de l'obligation de paiement du prix d'achat est par définition indépendant du lieu d'exécution de la prestation en nature (prestation synallagmatique), dont l'exécution défectueuse alléguée est en règle générale la cause d'un litige sur le paiement du prix d'achat. Ce n'est que dans le cas mentionné dans le deuxième membre de phrase de cette disposition que les lieux d'exécution concordent.

74. Il est ainsi établi que le critère de l'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, n'est manifestement pas de nature à déterminer l'attribution d'un litige à une juridiction proche des faits. Il y a lieu par conséquent de répondre par la négative à la question 1), sous a).

75. *2)* Pour répondre à la question 1, sous b), à savoir *comment* il y a lieu, dans un tel cas, de déterminer le lieu d'exécution, nous pouvons enchaîner directement sur ce que nous venons de dire.

76. Selon nous, il n'y a pas lieu ici de prendre en considération l'obligation de paie-

70 — Voir plus haut point 63.

71 — Spellenberg: *Zeitschrift für Zivilprozeß 91*, 1978, p. 38, et bas de la page 56 attire à juste titre l'attention sur le fait que, dans un tel cas, la juridiction du lieu où le contrat a été conclu serait la plus adaptée, mais que la convention ne prévoit pas cette solution.

72 — Voir déjà les observations du gouvernement fédéral dans l'affaire Shenavai (voir plus haut point 68); Spellenberg: *loc. cit.* (note précédente).

ment, mais l'obligation du vendeur de fournir la prestation prévue au contrat [73]. Comme cela résulte déjà des réflexions auxquelles nous venons de nous livrer, il s'agit, dans le cas de relations contractuelles entre les parties, du « lieu d'exécution » qui permet le plus facilement de déterminer une juridiction proche des faits. Cela est d'autant plus valable ici que, selon l'arrêt rendu en appel par l'Oberlandesgericht Hamm [74], auquel le Bundesgerichtshof fait expressément référence, les fenêtres livrées devaient l'être, conformément aux normes techniques et aux normes de qualité anglaises.

77. Avant d'exposer plus en détail cette solution, nous souhaitons préciser très brièvement quels sont ses rapports avec les arrêts de Bloos et Tessili, dont elle ne s'écarte en réalité que de manière très limitée. S'agissant de l'arrêt de Bloos, il y a lieu de constater que la solution proposée ne vise aucunement une obligation contractuelle « quelconque », mais celle qui est nettement plus susceptible de permettre de déterminer une juridiction proche des faits que l'obligation litigieuse. En outre, cette solution reste conforme au principe énoncé dans l'arrêt de Bloos et confirmé dans l'arrêt Shenavai, qualifié par certains auteurs de « principe d'isolement », selon lequel, en règle générale, un lieu d'exécution est déterminé pour chaque obligation du contrat. Seule la méthode de la détermination du lieu d'exécution diffère de celle prévue par l'arrêt de Bloos.

78. En ce qui concerne l'arrêt Tessili, il y a lieu de constater que la lex causae continue de trouver application, bien qu'elle ne s'applique pas à la détermination du lieu d'exécution de la prestation litigieuse, mais à la prestation synallagmatique de l'autre partie.

79. Il y a lieu toutefois d'émettre une réserve sur cette dernière constatation en précisant plus en détail la solution que nous proposons. A cet égard, nous aimerions, avant de présenter notre proposition de réponse, faire les réflexions suivantes.

80. La règle de la lex causae relative au lieu d'exécution de l'obligation du vendeur de fournir la chose comporte, tout comme celle applicable au lieu d'exécution pour le paiement du prix d'achat, des éléments qui ne servent qu'à la répartition du risque — plus précisément ici: du risque de transport — et qui ne donnent pas d'indications fiables sur l'*objectif* économique des obligations du vendeur [75]. Or, si nous nous sommes servis des éléments précités lorsque nous avons examiné les règles relatives au lieu d'exécution de l'obligation de paiement pour nous écarter du droit matériel du contrat, au motif que ces règles ne pouvaient servir à déterminer une juridiction proche des faits du litige, il semblerait illogique, lors de l'examen des règles relatives au lieu d'exécution de l'obligation de livraison du vendeur, d'utiliser une autre méthode. Il y a lieu à cet égard de constater que, pour les litiges portant sur le paiement du prix dû qui surviennent en raison du caractère défectueux allégué par

73 — Voir plus haut point 64.

74 — Publié dans la revue *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, p. 78.

75 — Voir plus haut point 27.

l'acheteur de la chose fournie par le vendeur — ce que nous avions considéré comme étant le cas typique —, la juridiction du lieu de destination de la livraison est en général plus proche des faits que celle du lieu de l'expédition. Cela vaut indépendamment du point de savoir lequel de ces deux lieux est le « lieu d'exécution » au sens du droit matériel et, partant, indépendamment du point de savoir quel est celui des contractants qui supporte le risque du transport.

81. Il semble par conséquent opportun de préciser la réponse à la question posée par le Bundesgerichtshof dans le sens que nous venons d'indiquer. Il résulte en effet de l'arrêt rendu en appel par l'Oberlandesgericht Hamm que cette juridiction n'a entendu la clause de livraison « free site in London » que comme une simple clause relative aux conditions dans lesquelles la livraison devait être effectuée. Il semble qu'elle n'a pas considéré, par conséquent, que Londres était le lieu d'exécution de la prestation (de la demanderesse) et que c'est précisément pour ce motif que ce *n'*est *pas* l'article 59, paragraphe 1, *deuxième membre de phrase*, *mais* le *premier membre de phrase* de cette disposition qui s'est appliqué.

82. *IV* — Pour tous ces motifs, nous proposons de répondre aux questions 1), sous a) et b), posées par le Bundesgerichtshof, comme suit:

Lorsqu'un fournisseur forme à l'encontre d'un client une demande en paiement du prix dû au titre d'un contrat d'entreprise et qu'à ce paiement est applicable en droit matériel l'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, de la loi uniforme sur la vente, le lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles est le lieu de destination de la livraison, prévu par le contrat, indépendamment de la question de savoir quelle est celle des parties qui doit supporter le risque du transport des marchandises vers ce lieu.

Sur la deuxième question posée par la juridiction de renvoi

— *Considérations d'ordre général*

83. Le Bundesgerichtshof n'a posé sa deuxième question que dans l'hypothèse où, compte tenu de la réponse à la première question la « compétence des juridictions allemandes ne pourrait pas être fondée sur l'article 5, point 1 (de la convention) ». Puisque le lieu d'exécution au sens de l'article précité, tel que nous venons de l'interpréter, ne se situerait pas en l'espèce en Allemagne, il y a lieu de répondre à la deuxième question.

84. Par cette question, le Bundesgerichtshof cherche à savoir si, dans les conditions de l'espèce qu'il a détaillées dans sa question, une convention attributive de juridiction « (peut) avoir été conclue valablement » au sens de l'article 17 de la convention. Puisque

le Bundesgerichtshof est d'avis qu'une telle convention n'a été conclue ni « par écrit » (paragraphe 1, deuxième phrase, première hypothèse mentionnée par l'article précité) ni « verbalement avec confirmation écrite » (loc. cit, deuxième hypothèse), il s'agit pour lui de la *troisième hypothèse* mentionnée dans cet article. Cette disposition, ajoutée lors de l'adhésion de 1978, permet qu'une convention attributive de juridiction

« (soit) conclue dans le commerce international en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître ».

85. Il ressort du rapport Schlosser [76] que, pour les deux autres hypothèses prévues par l'article 17, l'interprétation donnée par la Cour pose des conditions qui « ne répondent ni aux usages ni aux exigences du commerce international ». Pour les auteurs de la réforme, il s'agissait notamment d'atténuer les conséquences qui résultaient de l'arrêt du 14 décembre 1976, Segoura [77]. Saisie d'un contrat de vente conclu verbalement, lequel ne comportait toutefois pas de convention attributive de juridiction au sens de l'article 17, la Cour avait refusé tout effet à une lettre de confirmation du vendeur à laquelle celui-ci avait joint ses conditions générales de vente, dans lesquelles figurait une clause attributive de juridiction. Selon la Cour, une telle clause ne devient partie intégrante du contrat que lorsque l'acheteur accepte les conditions de vente par écrit [78]. Le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections contre une confirmation émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre des rapports commerciaux courants entre parties, établis sur base de conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction [79]. Dans le rapport Schlosser, il est dit à cet égard que « il n'est pas raisonnable, dans la pratique commerciale internationale, d'exiger que le cocontractant de l'utilisateur de conditions générales de vente confirme par écrit l'inclusion de celles-ci ».

86. L'analyse exposée ci-après des problèmes soulevés par le Bundesgerichtshof nous permettra des réflexions plus détaillées sur la portée du texte en question.

— Sur la question 2, sous a)

87. *I* — Dans cette partie de la question, le Bundesgerichtshof indique d'abord le *comportement des parties* qui pourrait éventuellement fonder une clause attributive de juridic-

76 — JO 1979, C 59, p. 71, 124 et suiv. (point 179).
77 — 25/76, Rec. p. 1851.
78 — Points 8 et 10 de l'arrêt Segoura, précité.
79 — Deuxième paragraphe du dispositif.

tion valable (en ce qui concerne les conditions de la troisième hypothèse):

— après un contrat conclu verbalement, le fournisseur confirme à son client par écrit la conclusion du contrat;

— il joint pour la première fois à cette lettre de confirmation des conditions générales de vente qui comportent une clause attributive de juridiction, et

— l'acquéreur n'élève par d'objection contre cette clause.

88. Le Bundesgerichtshof indique ensuite certaines *circonstances de droit ou de fait* qui pourraient avoir une importance pour l'appréciation de l'affaire:

— au lieu du siège du client, « il n'(existe) aucun usage » selon lequel le silence faisant suite à une telle lettre doit être considéré comme acceptation de la clause attributive de juridiction;

— un tel usage est également inconnu du client, et

— il s'agit du premier contact commercial entre les parties.

89. Puisque la Cour de justice n'a pas encore été saisie de la troisième hypothèse prévue par l'article 17 (dans la version de 1978), le Bundesgerichtshof n'a pas rapporté sa question aux différentes conditions d'application de cette règle, mais à celle-ci dans son ensemble. Selon le Bundesgerichtshof, on peut se demander si cette disposition, au-delà de son libellé, vise non seulement la forme, mais également les conditions matérielles de la conclusion d'une convention attributive de juridiction. On peut, en outre, selon lui, se demander comment doivent être interprétées les notions d'échanges commerciaux internationaux et usages internationaux dont le contenu concret doit être précisé, ainsi que les éléments subjectifs constitutifs de cette disposition [80].

90. Il paraît indiqué, dans ces circonstances, d'exposer successivement les conditions fixées par la disposition litigieuse, en tenant compte des éléments de fait et de droit communiqués par le Bundesgerichtshof.

91. *II — 1)* Il convient tout d'abord de vérifier si la présente espèce concerne le « commerce international » au sens de l'article 17. Cette question, qui n'a pas fait l'objet de remarques détaillées devant la Cour, appelle selon nous une réponse affirmative. Il faut, sans aucun doute, considérer que l'opération

80 — P. 17 de l'ordonnance de renvoi.

visée par la clause attributive de compétence, en tant que contrat de vente qui porte sur la livraison d'une marchandise d'un État adhérent à la convention dans un autre, et dont les parties sont installées en qualité de sociétés commerciales dans ces États, présente un caractère *international*. On pourrait, certes, entendre cette condition en ce sens qu'elle doit limiter l'application de la disposition en cause ici à des branches commerciales données qui peuvent être clairement déterminées. C'est cette situation que le Select Committee on the European Communities de la House of Lords semble avoir eu présente à l'esprit lorsqu'il a proposé d'introduire un troisième cas de figure dans l'article 17 [81]. L'objectif de l'article 17 — qui consiste à empêcher que des clauses attributives de juridiction ne passent inaperçues dans des contrats [82] — ne permet pas d'étayer une telle interprétation. Sans limiter ainsi d'*emblée* le champ d'application de l'article litigieux, il semble plutôt opportun de prendre en considération [83], lors de l'interprétation des notions d'usage commercial et des conditions subjectives du troisième cas de figure prévu, les différences éventuelles entre le commerce institutionnalisé (dans le secteur des matières premières par exemple) et d'autres opérations commerciales internationales.

92. Puisque les cocontractants sont des sociétés commerciales et qu'ils ont agi l'un et l'autre dans le secteur d'activité qui est le leur, nous n'avons pas non plus de doute sur le fait que les opérations en cause ici concernent le *commerce* (international).

93. *2)* Il y a lieu ensuite d'examiner les indications qui peuvent être fournies au Bundesgerichtshof en matière d'interprétation, compte tenu de l'obligation de conclure une clause attributive de juridiction en une « *forme admise par les usages dans ce domaine* ».

94. *a)* Comme nous l'avons vu, la troisième hypothèse prévue à l'article 17 a été introduite pour permettre d'autres modes de conclusion valide d'une convention attributive de juridiction que la conclusion par écrit ou la conclusion verbale avec confirmation écrite. Compte tenu de la structure de cet article, il est clair qu'il y a lieu d'autoriser comme type de conventions valables les conventions qui correspondent aux « usages commerciaux » dans le domaine considéré.

95. Ce critère n'a par contre pas une portée tout à fait claire. Comme le Bundesgerichtshof l'a fait remarquer à juste titre, il se réfère, conformément au libellé de l'article cité, uniquement à la « forme » de la convention en cause, et on se demande s'il n'est pas censé

81 — Voir session 1976/1977, quarante-cinquième rapport, point 20.

82 — Voir le rapport Jenard (note 2), p. 37.

83 — La convention de Lugano (JO 1988, L 319, p. 1), qui n'est pas applicable à la présente affaire, et la convention de Bruxelles dans la version de San Sebastian (JO 1989, L 285, p. 4) paraissent plaider en ce sens. Dans ces deux conventions, le critère « dans le commerce international » a été maintenu, mais une nouvelle condition a été posée, à savoir que l'usage en cause « soit un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui était régulièrement observé dans la branche commerciale considérée ».

porter également sur la formation de la convention elle-même — la détermination d'une volonté commune.

96. Selon nous, c'est ce dernier point de vue qui emporte la conviction. La Commission attire, certes, à juste titre l'attention sur le fait que le rapport Schlosser ne considère le troisième cas de figure prévu par l'article 17 « que » comme un « assouplissement des exigences de forme » et soulève la question de savoir « si les problèmes d'accord de volontés autres que la question de forme doivent être appréciés en fonction du droit national applicable ou de principes communautaires uniformes » [84]. L'objectif de la réforme de 1978 ne serait toutefois pas atteint s'il ne s'agissait que d'une simple disposition de forme. Dans l'arrêt Segoura, la Cour a en effet nié qu'il y avait une clause attributive de juridiction valable, précisément au motif qu'il manquait la preuve d'un accord effectif entre les parties, exigé par l'article 17 [85]: le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections en réponse à une lettre de confirmation ne doit pas « être considéré comme acceptation » [86]. Si cette nouvelle version ne visait que la forme, la nécessité d'un accord effectif des volontés devrait être examinée comme auparavant, *selon cette jurisprudence*, sans que se produise un assouplissement adapté aux besoins du commerce international. De manière plus générale, il y a lieu de constater que, selon une jurisprudence constante de la Cour, dans laquelle s'intègre l'arrêt Segoura, les exigences de forme de l'article 17 n'ont pas un but en elles-mêmes [87], mais ont pour fonction de « assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi » [88].

97. La Cour de justice a confirmé cette approche encore très récemment dans l'affaire Powell Duffryn [89], dans laquelle il s'agissait d'une clause attributive de compétence insérée dans les statuts d'une société. Après avoir relevé que les *statuts de société* revêtent une forme écrite dans les ordres juridiques de tous les États contractants, et qu'ils constituent l'instrument de base régissant les rapports entre l'actionnaire et la société, la Cour a ensuite souligné que

« *indépendamment du mode d'acquisition des actions*, toute personne acquérant la qualité d'actionnaire d'une société *sait, ou doit savoir*, qu'elle est liée par les statuts de cette société ... » [90].

98. En ce qui concerne la présente affaire, il y a lieu d'ajouter que des usages commerciaux qui ne concernent dans le domaine visé que des exigences de *pure forme* ne peuvent se former qu'avec les plus grandes difficultés, si tant est qu'ils se forment. Ces exigences relèvent en effet du *droit procédural*, dont les

84 — Loc. cit. (note 76), p. 125 (point 179).

85 — Voir point 6 de l'arrêt Segoura.

86 — Voir deuxième partie du dispositif de l'arrêt précité.

87 — Voir plus haut note 82 et le texte qu'elle cite.

88 — Arrêts du 14 décembre 1976, Estatis Salotti (24/76, Rec. p. 1831, point 7), et Segoura, précité, point 6; du 6 mai 1980, Porta-Leasing (784/79, Rec. p. 1517, point 5); du 14 juillet 1983, Gerling (201/82, Rec. p. 2503, point 13; du 19 juin 1984, Tilly Russ (71/83, Rec. p. 2417, point 14); du 11 juillet 1985,Berghoefer (221/84, Rec. p. 2699, point 13), et du 11 novembre 1986, Iveco Fiat (73/85, Rec. p. 337, point 5).

89 — Arrêt du 10 mars 1992, Powell Duffryn (214/89, Rec. p. 1745).

90 — Point 27; c'est nous qui soulignons.

États membres peuvent aménager les règles impératives de manière différente et qu'ils peuvent modifier à tout moment [91]. Comme le montre le rapport Schlosser, il peut par contre très bien, pour la détermination de la juridiction compétente, exister des usages commerciaux relatifs à la manière dont l'*ccord de volontés* se forme, puisque ce problème relève du droit *matériel.* Ces usages, comme ceux qui ont trait au silence, en réponse à une lettre de confirmation commerciale, peuvent mélanger des éléments de forme et d'accords matériels de volontés. En d'autres termes, ils peuvent concerner une certaine *forme*, entendue comme la *manière* dont se forme l'accord des volontés. La troisième hypothèse envisagée par l'article 17 vise par conséquent une situation dans laquelle la conformité du comportement des parties avec les usages commerciaux, combiné avec certaines conditions subjectives, garantit ce qui n'est garanti, en dehors de son domaine d'application, que par l'écrit ou la forme dite « semi-écrite »: les clauses attributives de compétence ne doivent pas passer inaperçues dans un contrat [92].

99. *b)* Ce n'est pas un hasard si le Bundesgerichtshof donne des indications sur le comportement des parties ainsi que sur la situation juridique au Royaume-Uni, en vue de l'interprétation de l'article 17. La pertinence de ces circonstances s'apprécie en fonction du point de savoir comment on entend la notion d'« usages commerciaux », notamment dans le cas d'un silence en réponse à une lettre commerciale de confirmation. Ce point est contesté en doctrine et on y trouve pour l'essentiel *trois conceptions différentes* que nous exposons ci-après:

— S'agissant d'un certain mode de formation de l'accord des volontés, la notion d'usage commercial signifie un usage de fait suivi de manière générale et continue et régulièrement observé par les milieux concernés lors d'opérations commerciales qui correspondent, à la fois du point de vue matériel et de la localisation, à l'opération commerciale litigieuse et qui autorise la conclusion que le comportement concerné comporte un accord (ou un consentement de la partie concernée). L'article 17 confère à cet usage un effet juridique [93]. De ce point de vue, il y a lieu de *prouver* l'existence d'un usage commercial pertinent [94].

— L'article 17 admet que le silence, en réponse à une lettre commerciale de confirmation, marque, conformément aux usages commerciaux, un accord sur la clause attributive de juridiction insérée par ladite lettre (en tout cas, lorsque les parties connaissent cet usage ou sont censées le connaître). Un tel usage ne nécessite pas de preuve spécifique [95].

91 — Voir à cet égard les observations pertinentes faites par Kohler: *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, p. 611, 622.

92 — Voir plus haut, note 82 et le texte qu'elle cite.

93 — Voir notamment, avec une motivation détaillée, Stöve: *Gerichtstandsvereinsbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO*, Heidelberg 1993, p. 20 à 23, 56 et suiv.; dans le même sens: Geimer/Schütze: loc. cit. (note 13), p. 478; Schütze: *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlin 1985, p. 56; Gothot-Holleaux (note 60), point 175, ainsi que Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon 1987, p. 1062 et suiv.

94 — Huet: *Journal du droit international* , 1990, p. 153, 159.

95 — Voir en particulier Schmidt, *Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1992, p. 173, 177.

— S'agissant d'un certain type d'accord, il y a usage commercial dès lors qu'il est admis par (un) ou plusieurs ordre(s) juridique(s) qu'il convient de déterminer que le comportement des parties constitue un accord (ou un consentement) en vertu d'un usage. Le critère selon lequel il y a lieu de déterminer cet ordre ou ces ordres juridiques doit être établi en interprétant l'article 17 [96].

100. Nous souhaitons vous proposer de vous rallier à la *première* conception que nous avons exposée, et cela pour les motifs suivants.

101. La conclusion qui résulte de la deuxième conception que nous avons exposée, à savoir que la convention admet elle-même que la pratique de la lettre commerciale de confirmation constitue un usage commercial, n'est assurément pas justifiée. On peut, certes, déduire du rapport Schlosser que l'arrêt Segoura, précité, qui concernait cette pratique, a *motivé* la réforme de l'article 17. Cependant, il n'est pas possible de déterminer le contenu exact de l'usage commercial prétendument reconnu. Il suffit à cet égard de constater que, dans les États adhérant à la convention, il y existe des conceptions tout à fait différentes sur l'importance juridique de la pratique susmentionnée [97] et que des différences selon la branche commerciale considérée ne sauraient non plus être exclues.

102. La dernière conception dont nous avons fait état, qui reconnaîtrait à l'article 17 le caractère d'une norme de conflit, voire d'un renvoi à un droit des conflits national, part directement de cette réflexion. A l'égard de cette conception, il y a lieu d'admettre qu'il peut être difficile de déterminer concrètement des usages commerciaux en ce qui concerne les échanges internationaux (sauf dans les domaines qui, de par leur nature, ont un caractère international). Cette circonstance ne fournit cependant aucun argument permettant d'interpréter l'article 17 au sens de ladite opinion doctrinale.

103. En premier lieu, il résulte de l'économie de la disposition en cause ici, notamment dans ses versions françaises et anglaises, que les usages commerciaux pertinents doivent concerner la « commerce international ». La version allemande parle, quoique d'une manière pouvant porter à confusion, de « Internationale Handelsbräuche » (usages internationaux). L'introduction dans l'article 17, par l'intermédiaire du droit des conflits, d'usages locaux dont il n'est pas établi qu'ils se sont imposés dans le domaine des échanges internationaux concernés, aurait pour conséquence de faciliter l'incorporation de clauses attributives de juridiction dans un contrat au-delà de ce qu'a voulu la réforme. A cet égard, il y a lieu d'attirer l'attention sur

96 — Jung: *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWP-Gerichtstands- und Vollsstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Bochum 1980, p. 172 et suiv.; Lindacher, dans Wolf/Horn/Lindacher: *AGB-Gesetz, Kommentar*, 2 e éd., Munich 1989, annexe à l'article 2, points 90 et 92; Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozeß 104* (1991), p. 272, 292 et suiv.; idem: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1992, p. 143, 145; Ulmer, dans Ulmer/Brandner/Hensen: *AGB-Gesetz, Kommentar*, 5e éd., Cologne 1987, annexe à l'article 2, point 33; également Hausmann, dans Reithmann/Martiny: *Internationales Vertragsrecht*, 4e éd., Cologne 1988, point 1203.

97 — Voir un exposé détaillé de la question par Stöve (note 93), p. 129 et suiv.

la rédaction des conventions de Lugano et de San Sebastian [98], qui, outre les conditions fixées dans la version de 1978, exigent que cet usage soit « d'une part, largement connu dans le commerce international, et, d'autre part, régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale concernée ». Selon le rapport Jenard/Möller [99], relatif à la convention de Lugano, « compte tenu en particulier des mots 'Internationale Handelsbräuche' et 'usages', qui sont utilisés dans les versions allemandes et françaises de l'article 17 de la convention de Bruxelles, il semble qu'il n'y ait pas de différence majeure de fond entre les dispositions concernées des deux conventions ». Selon nous, ce commentaire serait difficilement compatible avec la nouvelle version si l'article 17 de la version de 1978 présentait le caractère d'une simple norme de conflit ou d'un renvoi à un droit de conflit national.

104. En second lieu, la Cour a, comme nous l'avons dit, considéré les exigences de forme prévues dans les deux premiers cas de figure cités comme garantie d'un accord de volontés effectif et a de la sorte posé certaines *exigences autonomes en ce qui concerne l'accord de volontés lui-même*. Elle a à cet égard évité de faire entrer dans cette disposition des problèmes complexes et très discutés du droit des conflits [100]. Il a d'ailleurs été regretté dès le départ que, eu égard à certaines questions préliminaires à l'accord de volontés (notamment celles concernant la capacité de conclure des actes et celles concernant la représentation), l'article 17 n'ait pas été assorti d'une règle de conflit expresse [101]. L'interprétation du troisième cas de figure prévu à cet article 17 devrait, selon nous, rester dans cette ligne, si bien que ce cas de figure devrait donner lieu, tout comme les deux autres, à une interprétation autonome [102].

105. *c)* L'application de la solution que nous venons de proposer en l'espèce appelle les remarques suivantes.

106. aa) Il y a lieu tout d'abord de constater que la situation juridique au Royaume-Uni, telle que l'a décrite le Bundesgerichtshof, n'est pas décisive en elle-même, pas plus que celle qui existe en Allemagne: l'article 17 n'est pas une règle de conflit. Nous allons revenir dans quelques instants à l'importance — limitée — des droits nationaux aux fins de la preuve de l'existence d'un usage commercial ainsi qu'en ce qui concerne les conditions subjectives d'application de l'article 17.

107. bb) Nous aimerions ensuite expliquer l'importance du critère que nous venons de proposer pour pouvoir fournir une réponse utile aux questions posées par le Bundesgerichtshof sous deux aspects. Le premier concerne la nécessité qu'un usage soit suffisamment répandu, eu égard aux caractéristiques de l'opération litigieuse. Pour que

98 — Voir note 83.

99 — JO 1990, C 189, p. 57, 77 (fin du point 58).

100 — Voir Roth: *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, p. 156 et suiv.

101 — Voir Droz (note 61), p. 134 (point 215).

102 — Voir également O'Malley/Layton: *European civil practice*, Londres 1989, points 21.37 et 21.70.

l'objectif de l'article 17 puisse être atteint lors de l'application dudit critère, ne peuvent être pris en considération que les usages du commerce international qui concernent géographiquement et matériellement les opérations du type litigieux [103]. Pour empêcher que, contrairement à la finalité de l'article 17, des clauses attributives de juridiction passent inaperçues dans des contrats, il ne suffirait pas de se référer dans un cas tel que celui d'espèce, par exemple, aux usages en vigueur dans le secteur de l'automobile ou des échanges commerciaux franco-allemands.

108. Le second aspect concerne l'autorité qu'un usage commercial doit avoir acquis dans le secteur concerné. Aux fins de l'article 17, il doit être établi que l'usage est régulièrement observé dans les milieux concernés par les échanges commerciaux en cause. Ce n'est que dans ces conditions, qui ont été également inscrites dans les conventions de Lugano et de San Sebastian, suite à l'exemple figurant à l'article 9, deuxième alinéa, de la convention de Vienne sur les contrats de vente [104], que l'usage revêt l'effet pratique qui lui permet d'être également reconnu juridiquement par l'intermédiaire de l'article 17. S'agissant de la pratique de la lettre commerciale de confirmation, lorsqu'elle vise l'inclusion a posteriori de clauses générales dans le contrat, les conditions de la troisième hypothèse ne sont remplies que lorsque les acteurs de la branche commerciale concernée considèrent que les conditions ainsi introduites sont contraignantes.

109. Entre parenthèses, nous aimerions faire remarquer ici que de telles conditions ne sont, au premier abord, nullement remplies dans toutes les opérations qui relèvent du champ d'application de la convention. Dans des domaines qui sont marqués par une répétition fréquente d'opérations identiques dans un cercle d'opérateurs économiques fermé pour l'essentiel, ces usages trouvent un terrain plus favorable qu'ailleurs.

110. cc) Quoi qu'il en soit, c'est au juge du fond qu'il incombe de faire les recherches nécessaires sur les circonstances qui sont déterminantes au regard du critère ainsi développé, en se faisant assister par la Chambre de commerce internationale ou une chambre de commerce commune aux pays en cause [105].

111. Dans le cadre de l'appréciation des circonstances qui plaident en faveur de l'existence d'un usage commercial ou contre

103 — D'un autre avis apparemment, Kropholler: *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4e éd., Heidelberg 1993, point 42, relatif à l'article 17 de la convention: il suffit qu'il existe un usage dans le commerce international, sans qu'il soit besoin de constater précisément dans quels États cet usage s'applique. On trouve une idée analogue dans Kropholler/Pfeifer: *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster 1988, p. 157, 163.

104 — convention de Vienne des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats relatifs à la vente internationale des marchandises.

105 — Dans toutes les hypothèses, il y a lieu d'attirer l'attention sur le fait que la question posée par le Bundesgerichtshof ne soulève aucun problème en ce qui concerne le caractère habituel de l'introduction d'une clause attributive de compétence dans les conditions générales jointes à la lettre de confirmation ou en ce qui concerne le caractère habituel du contenu de ladite clause. Cela peut tenir au type des opérations litigieuses, et peut-être également au fait que les constatations nécessaires n'ont pas encore été effectuées par le juge du fond. A cet égard, il y aura peut-être lieu de préciser le critère que nous venons de proposer dans une procédure ultérieure.

l'existence de cet usage, il est possible, selon le cas, de prendre également en considération — avec toute la prudence requise — les ordres juridiques nationaux concernés. La *formation* et le *maintien* d'usages dans le commerce international dépendent en effet, entre autres facteurs, du point de savoir dans quelle mesure ces usages sont admis par les juridictions des États membres. Ainsi, dans le commerce entre deux États membres dont les juridictions n'accordent aucune importance à la pratique de la lettre commerciale de confirmation pour marquer un éventuel accord des volontés, il ne pourra pratiquement jamais se former d'usage en ce sens. L'inverse s'applique lorsque les juridictions des deux États membres sont prêts à une telle reconnaissance juridique. En l'état actuel de la procédure, ces indications — nécessairement très générales — devraient suffire.

112. dd) Tout cela nous conduit au dernier problème qu'il nous faut discuter dans ce contexte. Comme nous l'avons vu, selon la version de la convention telle que conclue en 1968, l'inclusion de clauses attributives de juridiction ne pouvait se produire que dans les formes prévues par la première et la deuxième hypothèse de l'article 17. Par conséquent, dans le champ d'application de cet article, les usages différents, relatifs à l'inclusion de clauses dans les contrats, n'ont pu concerner les clauses attributives de juridiction, même si ces usages existaient pour d'autres règles. L'article 17, dans sa version ancienne, empêchait d'emblée une extension de ces usages aux clauses attributives de juridiction [106]. Pour ces motifs, il faut, lorsqu'on examine les usages en vigueur, laisser de côté les effets exercés par l'ancienne version de l'article 17 sur l'inclusion de clauses attributives de juridiction. Si la réforme de 1978 doit avoir un effet pratique, ce sont les usages concernant les autres dispositions contractuelles qui sont déterminants. Il faut, en d'autres termes, entendre la troisième hypothèse prévue par l'article 17 en ce sens qu'elle doit conférer aux usages généraux, dans le domaine des clauses attributives de compétence, les effets juridiques que leur niait l'ancienne version de cet article.

106 — Voir également point 98 et note 91.

113. *3)* Venons en maintenant aux conditions subjectives de la disposition litigieuse qui prévoit que les « *parties connaissent ou sont censées connaître les usages commerciaux* ».

114. Ces conditions doivent empêcher que, quels que soient les usages à l'intérieur d'une branche commerciale donnée, des clauses attributives de juridiction puissent avoir des effets sur des personnes qui ne connaissent pas et ne sont pas non plus censées connaître lesdits usages et qui, par conséquent, ne connaissaient pas et n'étaient pas censées connaître les modes d'introduction de clauses dans un contrat, modes sur lesquelles portaient ces usages.

115. Si le critère des « usages commerciaux » est pour l'essentiel un critère de fait, il doit en aller de même également pour les conditions subjectives déjà mentionnées. On

peut par conséquent tenir compte de toutes les circonstances pertinentes.

116. En ce qui concerne la présente affaire, il résulte de l'ordonnance de renvoi que l'usage commercial invoqué, selon lequel le silence, en réponse à une lettre de confirmation du type décrit par le Bundesgerichtshof, doit être considéré comme un accord sur la clause attributive de juridiction, n'était pas connu du client. Cette circonstance est en toute hypothèse pertinente lorsque la partie concernée n'avait pas connaissance de manière générale — indépendamment du problème des clauses attributives de juridiction [107] — de l'usage commercial allégué par l'autre partie.

117. Lors de la réponse à la question de savoir si cette partie *était censée connaître* cet usage, il est possible de tenir compte de deux des circonstances qui nous ont été communiquées par le Bundesgerichtshof: la circonstance que l'usage allégué ne s'applique pas là où la société cliente a son siège, et qu'il s'agissait du premier contact commercial entre les parties. En ce qui concerne le premier point, la doctrine citée par le Bundesgerichtshof fait apparaître qu'au Royaume-Uni, en général — c'est-à-dire pas uniquement dans le domaine des clauses attributives de juridiction —, le silence en réponse à une lettre commerciale de confirmation, à laquelle sont jointes pour la première fois des conditions générale de vente, n'est pas considéré comme marquant un accord sur le contenu de ces conditions [108]. Dans un tel cas, l'usage en cause ne peut pas être considéré comme connu du client, sauf si d'autres circonstances (par exemple des contacts commerciaux avec d'autres opérateurs économiques de la branche considérée) était invoquées et, le cas échéant, prouvées, qui étayent suffisamment l'hypothèse inverse. C'est également au juge du fond qu'incombe cet examen.

118. *III* — Pour tous ces motifs, il y a lieu de répondre à la question 2, sous a), comme suit:

Dans les circonstances indiquées par le Bundesgerichtshof, une convention attributive de juridiction ne peut, selon l'article 17, paragraphe 1, phrase 2, troisième hypothèse, avoir été valablement conclue que lorsqu'il existe un usage, suivi de manière générale et continue et régulièrement observé, par les milieux concernés, lors d'opérations commerciales qui correspondent, à la fois du point de vue matériel et de la localisation, à l'opération commerciale litigieuse, et qui autorise la conclusion que le comportement concerné comporte un accord sur le contenu

107 — Voir plus haut, point 112.

108 — Voir par exemple Ebenroth: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 77 (1978), p. 161, 164 et suiv.

de la lettre de confirmation et sur les conditions générales de vente jointes à cette lettre.

Si, compte tenu du fait qu'une des parties ignore un tel usage — à supposer qu'il existe —, la solution du litige dépend de la question de savoir si cette partie est censée connaître cet usage, il y a lieu de répondre par la négative à cette question lorsqu'un tel usage n'existait pas au lieu du siège de la partie concernée et qu'il s'agit du premier contact commercial avec une partie qui procède selon ledit usage. Il en va différemment lorsque d'autres circonstances sont invoquées et, le cas échéant, prouvées, qui étayent suffisamment le fait que la partie concernée était censée connaître l'usage en cause.

— Sur la question 2, sous b)

119. Le Bundesgerichtshof a soulevé cette partie de la question pour le cas où une clause attributive de juridiction peut être conclue valablement dans les circonstances énumérées au point a) de la question. Si, en ce qui concerne les conditions subjectives de l'article en question, d'autres conditions que celles énumérées dans l'ordonnance de renvoi devaient faire défaut, il y aurait lieu de répondre par la négative au point a) de la question et de ne pas répondre au point b). Nous estimerions légitime que la Cour, si elle devait nous suivre, s'en tienne à la réponse au point a).

120. Quoi qu'il en soit, le problème du « risque linguistique » [109], soulevé dans la partie de la question que nous allons étudier maintenant, ne nous semble pas particulièrement complexe.

121. Il y a lieu à cet égard de renvoyer, à titre liminaire, à l'arrêt du 24 juin 1981, Elefanten Schuh [110], selon lequel des dispositions du droit national qui prescrivent dans des rapports privés l'utilisation d'une langue donnée ne doivent pas être prises en considération dans le domaine d'application de l'article 17. Il doit en aller de même pour la réglementation concernant le « risque linguistique », qui a été développée par la jurisprudence d'un État membre, puisque cette réglementation, tout comme les dispositions mentionnées, a une conséquence sur les exigences relatives à la manière dont la convention est conclue (forme et conditions matérielles) [111].

109 — Voir p. 20 de l'ordonnance de renvoi, sous le point 3.

110 — 150/80, Rec. p. 1671.

111 — Kohler: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991, p. 299 et 300 (note 7).

122. Face à cela, le Bundesgerichtshof demande si une clause attributive de juridiction peut être conclue valablement et nous indique sur ce point les faits suivants:

— les conditions générales de vente jointes à la lettre de confirmation sont rédigées dans une autre langue que la langue dans laquelle le contrat est rédigé et dans laquelle les négociations se sont déroulées;

— le client ne connaît pas cette langue, et

— la lettre de confirmation rédigée dans la langue dans laquelle les négociations se sont déroulées et dans laquelle le contrat est rédigé renvoie de manière globale aux conditions générales de vente, mais pas spécifiquement à la clause attributive de juridiction.

123. Nous savons par ailleurs qu'il s'agit du premier contact commercial entre les parties concernées.

124. Dans ces circonstances — et notamment faute d'une indication rédigée dans la langue dans laquelle a été rédigé le contrat et dans laquelle se sont déroulées les négociations et visant spécifiquement la clause attributive de juridiction —, on ne saurait prétendre normalement que la partie concernée a pu prendre connaissance, de manière adéquate, de la clause attributive de juridiction. Par conséquent, un préalable essentiel à l'accord effectif de volontés fait défaut. Dans ce cas, si on applique la troisième hypothèse prévue par l'article 17, un accord des volontés ne pourrait être réalisé que si l'usage en vigueur autorisait lui-même qu'on s'écarte de la langue dans laquelle a été rédigé le contrat et dans laquelle se sont déroulées les négociations. C'est en ce sens qu'il convient de répondre à la question 2, sous b).

Sur la troisième question posée par la juridiction de renvoi

125. Qu'il nous soit permis, pour être complet, de revenir brièvement sur les problèmes soulevés par cette question, à savoir si dans l'hypothèse d'une clause attributive de juridiction conclue valablement en application de l'article 17 « (il y a lieu) en outre de vérifier, sur la base du droit matériel national applicable, en vertu des règles de conflit de la juridiction saisie, si la clause attributive de juridiction a été valablement intégrée dans le contrat passé entre les parties ».

126. Dans le contexte dans lequel cette question est posée, elle appelle une réponse négative. L'article 17 doit créer, dans son champ d'application, un droit autonome et, partant, uniforme [112]. L'article 17 définit de manière exhaustive les exigences en matière d'accord matériel des volontés ainsi que les formes nécessaires pour garantir ces exigences. Des dispositions du droit interne revêtant la même fonction ne peuvent être utilisées parallèlement. C'est en ce sens qu'il y a lieu de répondre à la troisième question.

C — Conclusion

127. Pour les motifs ci-avant exposés, nous proposons de répondre aux questions posées par le Bundesgerichtshof comme suit.

A la question 1, sous a) et b):

« 1) Lorsqu'un fournisseur forme à l'encontre d'un client une demande en paiement du prix dû, au titre d'un contrat d'entreprise, et qu'à ce paiement est applicable en droit matériel l'article 59, paragraphe 1, premier membre de phrase, de la loi uniforme sur la vente, le lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles est le lieu de destination de la livraison, prévu par le contrat, indépendamment de la question de savoir quelle est celle des parties qui doit supporter le risque du transport des marchandises vers ce lieu. »

Il y a lieu de répondre aux questions suivantes, en tant que de besoin:

« 2) a) Dans les circonstances indiquées par le Bundesgerichtshof, une convention attributive de juridiction ne peut, selon l'article 17, paragraphe 1, deuxième phrase, troisième hypothèse, avoir été valablement conclue que lorsqu'il existe un usage suivi de manière générale et continue et régulièrement observé par les milieux concernés, lors d'opérations commerciales qui

112 — Voir les arrêts Estatis Salotti (note 88) et Segoura (note 77), précités. Voir également plus haut, point 104.

correspondent, à la fois du point de vue matériel et de la localisation, à l'opération commerciale litigieuse, et qui autorise la conclusion que le comportement concerné comporte un accord sur le contenu de la lettre de confirmation et sur les conditions générales de vente jointes à cette lettre.

Si, compte tenu du fait qu'une des parties ignore un tel usage — à supposer qu'il existe —, la solution du litige dépend de question de savoir si cette partie est censée connaître cet usage, il y a lieu de répondre par la négative à cette question lorsqu'un tel usage n'existait pas au lieu du siège de la partie concernée et qu'il s'agit du premier contact commercial avec une partie qui procède selon ledit usage. Il en va différemment lorsque d'autres circonstances sont invoquées et, le cas échéant, prouvées, qui étayent suffisamment le fait que la partie concernée était censée connaître l'usage en cause.

b) Un accord portant sur une clause attributive de juridiction ne peut pas être conclu valablement, aux fins de la disposition précitée, par le silence observé suite à une lettre commerciale de confirmation, si les conditions générales jointes à la lettre de confirmation et contenant la clause litigieuse sont rédigées dans une langue autre de celle dans laquelle le contrat a été conclu et dans laquelle les négociations se sont déroulées, le destinataire de cette lettre ne connaît pas la langue en question, aucune indication spécifique sur cette clause n'a été fournie dans la langue dans laquelle les négociations se sont déroulées et le contrat a été conclu, et s'il s'agit du premier contact commercial entre les parties. Il n'en irait différemment que si l'usage commercial en vigueur autorisait l'emploi d'une autre langue que celle du contrat et des négociations.

3) Des règles du droit national, qui portent sur l'inclusion dans un contrat de dispositions contractuelles et, notamment, celles contenues dans des conditions générales et qui visent l'accord effectif des volontés et la forme de cet accord, ne sont pas applicables parallèlement à l'article 17 de la convention de Bruxelles. De telles règles tirées du droit matériel national, applicable selon les règles de conflits de la juridiction saisie du litige, ne peuvent dès lors être utilisées pour vérifier si une clause attributive de compétence satisfaisant aux conditions posées à l'article 17 a été valablement incluse dans le contrat passé entre les parties. »