

FAUT-IL SAUVER LE FOR DU CONTRAT ?

David SINDRES, Professeur à l'Université d'Angers

Alors qu'est envisagée une refonte du règlement Bruxelles I bis, la question du sort qu'il conviendrait de réserver à l'option de compétence en matière contractuelle aujourd'hui prévue à l'article 7.1 de ce règlement se pose avec une acuité particulière. Fondée sur une quête de proximité parfaitement vainue au stade de la détermination du juge compétent au fond, cette option suscite d'innombrables difficultés de mise en œuvre et aboutit à des solutions bien souvent imprévisibles. Dans ces conditions, sa suppression pure et simple constituerait la solution la plus judicieuse. A défaut d'y procéder, il conviendrait à tout le moins de modifier l'option de fond en comble aux fins de limiter autant que possible les problèmes qu'elle soulève. Parmi les modifications à opérer devraient figurer une redéfinition de la matière contractuelle, qui délimite le champ d'application de l'option, et l'établissement d'une règle de compétence unitaire, inspirée de l'actuel point b).

At a time when a recasting of the Brussels I bis regulation is being considered, the question of the fate of the option of jurisdiction in contractual matters currently provided for in article 7.1 of this regulation arises with particular acuity. Based on a quest for proximity which is completely vain when it comes to determining which court has jurisdiction on the merits, this option gives rise to innumerable implementation difficulties and often leads to unpredictable solutions. Under these circumstances, the wisest solution would be to abolish it altogether. Failing that, the option should at the very least be modified from top to bottom, so as to limit the problems it raises as much as possible. This would especially involve redefining the notion of "contractual matters", which delimits the scope of the option, and establishing a unitary rule of jurisdiction, inspired by the current point b).

1. Alors que se profile une refonte du règlement Bruxelles I bis, lui-même issu de la refonte du règlement Bruxelles I, il importe de s'interroger sur le sort que le futur texte devrait réservé à l'option de compétence en matière contractuelle, actuellement prévue à l'article 7.1 du règlement Bruxelles I bis.

Cette option, qui existait déjà dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sous une forme épurée, est actuellement libellée comme suit : « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée dans un autre État membre :* »

- 1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;*
- b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :*
 - pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,*
 - pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;*
- c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ».*

2. Souvent critiquée par la doctrine¹, cette option a, dès l'origine, suscité un abondant contentieux, lequel semble toutefois s'être tari ces dernières années².

Récent, le calme entourant l'article 7.1 est toutefois difficile à évaluer, ce d'autant qu'il conviendrait, pour le mesurer avec précision, de raisonner à l'échelle des vingt-sept Etats membres et des Etats tiers parties à la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, qui renferme une option analogue en son article 5.1³.

En outre, à le supposer avéré, ce tarissement du contentieux pourrait bien n'être qu'une courte accalmie, tant demeurent nombreuses et aiguës les difficultés soulevées au quotidien par l'option de compétence en matière contractuelle.

Ces difficultés excédant de beaucoup les prétendus avantages que présente l'option, il est permis d'espérer que la refonte du règlement Bruxelles I bis se soldera par sa suppression pure et simple ou, à tout le moins, par sa modification.

C'est pourquoi nous voudrions plaider, à titre principal, en faveur d'une suppression de l'option de compétence en matière contractuelle (I) et, à titre subsidiaire, en faveur d'une modification d'ampleur de celle-ci (II).

I. PLAIDOYER -PRINCIPAL- EN FAVEUR D'UNE SUPPRESSION DE L'OPTION DE COMPETENCE EN MATIERE CONTRACTUELLE

3. L'option de compétence en matière contractuelle puise sa raison d'être dans une quête de proximité entre le juge compétent et le rapport litigieux⁴.

Or si la proximité peut, dans le cadre de certaines activités sportives ou de loisir, telles que le golf, la pétanque ou encore les fléchettes, constituer une fin en soi, tel n'est pas le cas en Droit : ce dernier vise, même s'il n'y parvient pas toujours, à instaurer la justice dans les rapports humains.

4. Loin toutefois de s'opposer systématiquement à l'idéal de justice, la proximité peut, dans certains cas, constituer un moyen au service de cette fin.

L'option de compétence en matière contractuelle est, précisément, censée illustrer cette hypothèse : la proximité qu'elle doit permettre d'atteindre entre le juge compétent et le rapport litigieux est jugée propice non pas à la justice en tant que telle, mais à sa « *bonne administration* »⁵.

¹ V. entre autres, L. Palsson, « The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions, The *Forum Solutionis* », *Festschrift til Ole Lando, Gadjura A/S*, København 1997, p. 259 et s. ; G. Droz, « *Delendum est forum contractus ?* Vingt ans après les arrêts « De Bloos » et « Tessili » interprétant l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », D. 1997, chron. p. 351. ; A. Von Overbeck, « L'interprétation traditionnelle de l'article 5.1 des conventions de Bruxelles et de Lugano : le coup de grâce ? », in *Liber amicorum G. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 287 et s. ; H. Muir Watt, « Peut-on sauver le for européen du contrat ? » RGDP 1998, p. 100 ; V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », Rev. crit. DIP 2000, p. 595, n° 54 et s. ; M.-L. Niboyet, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », Gaz. Pal. 10 au 12 juin 2001, p.10 ; M.-E. Ancel, « Le for du contrat : point faible du contentieux européen ? » RJ com. 2010.245 ; F. Cornette, « La nécessaire modification ou suppression de l'article 7-1 du règlement Bruxelles I bis relatif au for contractuel dans un futur règlement Bruxelles I ter ? » in *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* (dir. E. Guinchard), Bruxelles, Bruylants, 2014, p. 335 et s. ; M. Poesen, « Is specific jurisdiction dead and did we murder it ? An appraisal of the Brussels Ia Regulation in the globalizing context of the HCCH 2019 Judgments Convention », *Uniform Law Review*, Vol. 26, mars 2021, 1 ; H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001. Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 7e éd., 2024, n° 225 ; JCl. Dr. internat, fasc. 584-130 (2022) spéc. n°2.

² V. à cet égard, notant ce tarissement et s'interrogeant sur une possible « *arrivée à maturité* » de cette règle de compétence F. Jault-Seseke, D. 2021, p. 923.

³ Les Etats concernés sont l'Islande, la Norvège et la Suisse.

⁴ V. P. Jenard, *Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (signée à Bruxelles le 27 septembre 1968) : JOCE n° C 59, 5 mars 1979, p. 22 ; et auj. cons. 16 du Règlement Bruxelles I bis ; H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc. n° 188.

⁵ V. par ex. CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-337/17, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL, spéc. pt 36, D. 2019, p. 516, note F. Jault-Seseke ; D. 2019, p. 1016, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2019, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; AJ contrat 2018, p. 537, obs. C. Nourissat ; Rev. crit. DIP 2020, p. 61, I. Pretelli ; RTD com. 2019, p. 256, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RDC 2019, p. 85, obs. B. Haftel ; JDI 2021, var. 6, C. Ankoua ; CJUE, 24 nov. 2020, aff. C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. KG c/ Booking.com BV, spéc. pt 28,

L'expression revêt ici une coloration probatoire : les chefs de compétence énoncés à l'article 7.1 sont, en effet, réputés favoriser la collecte et l'administration des éléments de preuve.

En réalité, tel pas toujours le cas : pour ne prendre qu'un exemple, il est plus aisé de rassembler les preuves du défaut de conformité ou du vice caché d'une marchandise au lieu où elle se trouve au moment du litige qu'au lieu où elle a été livrée, qui peut très bien être distinct.

5. Il reste que, quand bien même les critères énoncés par l'article 7.1 favoriseraient une certaine proximité avec le rapport litigieux, elle-même propice à la collecte des preuves, le résultat ainsi obtenu n'intéresserait que fort rarement la compétence pour statuer sur le fond du litige.

Une telle proximité ne présente, en effet, d'intérêt qu'au stade de l'instruction de l'affaire, qui peut requérir des parties et des experts qu'ils se rendent sur place aux fins de rassembler les preuves⁶. Encore un tel déplacement n'est-il pas toujours utile : il ne l'est, par exemple, nullement si le litige porte sur un vice du consentement, sur une obligation de paiement ou encore sur l'établissement des comptes entre les parties à l'expiration d'un contrat à exécution successive.

Même lorsque la proximité avec le rapport litigieux s'avère utile pour la collecte des preuves, elle n'implique toutefois guère que le juge compétent au fond se déplace : pour bien juger, il lui suffit, quel que soit le lieu où il statue, de prendre connaissance des éléments de preuve recueillis par les parties et des éventuels rapports d'expertise⁷.

En somme, il n'est pas nécessaire, sous l'angle de la bonne administration de la justice telle qu'elle est comprise sous l'empire de l'article 7.1, d'établir une proximité quelconque entre la situation litigieuse et le juge compétent au fond.

6. Ceci n'a d'ailleurs, en réalité, échappé ni aux auteurs de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et des règlements subséquents, ni à la Cour de justice elle-même : si la proximité entre le juge compétent au fond et le rapport litigieux était si souhaitable, pourquoi avoir autorisé les parties, en application des articles 17 de la Convention de Bruxelles, 23 du règlement Bruxelles I et 25 du règlement Bruxelles I bis, à stipuler des clauses attribuant compétence pour connaître de leurs différends à des juridictions n'entretenant strictement aucun lien avec le rapport litigieux ?⁸

Dans le même ordre d'idées, l'on sait fort bien qu'en matière d'arbitrage, le choix du siège du tribunal ne s'effectue quasiment jamais au regard de la proximité entre ce siège et le litige⁹.

7. Si la proximité entre le juge compétent au fond et le rapport litigieux n'est ainsi nullement nécessaire à une bonne administration de la justice, ne présente-t-elle pas malgré tout une utilité sous l'angle de ce qu'il est convenu d'appeler la « *justice de droit international privé* »¹⁰, et notamment de deux de ses composantes essentielles, l'harmonie internationale et la prévisibilité des solutions ?

D. 2021, p. 1064, note R. Amaro et F. Jault-Seseke ; D. 2021, p. 1832, obs. S. Bollée ; Dalloz IP/IT 2021, p. 224, obs. A. Lecourt ; Légipresse 2021, 291, étude N. Mallet-Poujol ; JT 2021, n° 238, p. 11, obs. X. Delpach ; Rev. crit. DIP 2021, p. 440, note L. Idot ; RTD com. 2021, p. 229, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2021, p. 411, obs. M.-E. Ancel ; RDC 2021, p. 90, obs. B. Haftel ; JCP G 2021, doctr. 132, obs. C. Nourissat ; Contrats Concurrence Consommation 2021, comm. 4, M. Malaurie-Vignal ; Europe 2021, comm. 39, L. Idot ; JDI 2021, comm. 22, H. Meur.

⁶ En ce sens, V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » préc. spéc. n° 47 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Rémy, *Droit international privé*, LGDJ, 12e éd., 2019, spéc. n° 297 ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 280, n° 269.

⁷ P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, Cours préc. p. 280, n° 269.

⁸ CJCE, 7 janv. 1980, aff. 56/79, Siegfried Zelger c/ Sebastiano Salinitti, spéc. pt 3, JDI 1980, p. 435, obs. A. Huet ; Rev. crit. DIP 1980, p. 387, note E. Mezger.

⁹ V. sur ce point, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* préc. spéc. p. 280, n° 269.

¹⁰ Sur laquelle, v. not. G. Kegel, « Begriffs – und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Mélanges Lewald*, Bâle, 1953, p. 259 et s. ; *Internationales Privatrecht*, 5e éd., 1985, p. 71 et s. ; et en langue anglaise, V. *The Crisis of Conflict of Laws*, RCADI 1964, t. 112,

L'harmonie internationale des solutions constitue l'envers du chaos qui survient lorsque, dans une même affaire, sont introduites de multiples procédures se soldant par des décisions inconciliables, à l'origine de situations boiteuses.

Ainsi envisagée, l'harmonie des solutions n'est en rien favorisée par l'option de compétence en matière contractuelle, bien au contraire : s'ajoutant à la compétence de principe énoncée à l'article 4 du règlement et pouvant elle-même aboutir à la désignation de plusieurs juges pour connaître d'un seul et même litige, l'article 7.1 est un facteur de multiplication des juges compétents. Or celle-ci favorise l'introduction d'une pluralité de procédures dans un même litige, à l'origine de décisions potentiellement inconciliables.

Sous l'angle de l'harmonie internationale des solutions, l'option de compétence en matière contractuelle s'avère donc indéfendable.

8. Qu'en est-il sous celui de la prévisibilité des solutions : la règle de compétence énoncée à l'article 7.1 ne satisfait-elle pas les légitimes expectatives des parties ?

On pourrait de prime abord le croire tant sont fréquents, en droit international privé, les liens entre proximité et respect des prévisions légitimes des parties.

Dans le champ du conflit du lois, où l'on cherche à faire correspondre les règles de conduite auxquelles les parties pouvaient spontanément se fier lors de la naissance et du déroulement de leur rapport de droit avec les règles de décision qu'appliquera le juge en cas de litige¹¹, la proximité joue un rôle essentiel. Si, en effet, la règle de conflit de lois désigne, comme l'ont préconisé des auteurs tels que Savigny ou Batiffol¹², la loi du « siège » du rapport de droit¹³, ou celle du pays dans lequel ce rapport est localisé par ses éléments essentiels¹⁴, la probabilité que les règles de décision appliquées par le juge correspondent aux règles de conduite auxquelles les parties ont pu spontanément se référer est très nettement accrue. A l'inverse, l'application par le juge d'une loi sans lien aucun avec le rapport litigieux, et qui n'aurait pas été choisie par les parties, risque de ruiner leurs prévisions légitimes. On concevrait mal, par exemple, qu'un contrat conclu dans un Etat donné, dont la loi ne soumet le contrat en question à aucune exigence de forme particulière, soit ultérieurement annulé en vertu de la loi d'un autre Etat, sans lien avec le rapport litigieux, qui exigerait que ce contrat ait été conclu par acte authentique.

9. Ce qui vaut à propos des règles de conflit de lois ne vaut toutefois pas nécessairement au sujet des règles de compétence internationale, qui obéissent à des considérations différentes.

Présent dans le champ du conflit de lois, l'objectif consistant à calquer la règle de décision du juge sur la règle de conduite à laquelle les parties ont pu spontanément se fier lors de la naissance et du déroulement du rapport de droit n'a ainsi pas grand sens en matière de compétence. Dans ce domaine, l'analyse ne doit, en effet, guère porter sur les règles de conduite auxquelles les parties ont pu se référer dans le cadre de leur rapport de droit : la seule « conduite » qu'il convient de prendre en considération est la saisine, par les parties ou l'une d'elles, d'un juge aux fins de trancher un éventuel litige. C'est donc au moment où l'une des parties

p. 91 et s., spéc. p. 186 ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* préc. p.168 et s. n°154 et s. et p.277 et s. n°266 et s.

¹¹ V. à ce propos, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc. spéc. n°156 p.172. Et sur la distinction entre règles de conduite et règle de décision K. Engisch, « Der rechtsfreie Raum », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 108 [1952], p. 411 s. ; B. Ancel et L. Rass Masson, Rép. int. Dalloz, V^o Conflits de lois dans le temps, spéc. n°4 ; P. Mayer, Cours préc. spéc. p.31 et s. n°11 et s.

¹² Sur l'étroite parenté unissant la pensée de Batiffol à celle de Savigny, v. Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme*, RCADI, t. 387, 2017, spéc. p.82 et s. n°50 et s.

¹³ F-C von Savigny, *Traité de droit romain* 2nde éd. Tome VIII, 1860, Paris, Librairie Firmin Didot Frères, Fils et Cie, Réimpr.2002, éd. Panthéon-Assas, spéc. §348 et §361.

¹⁴ Sur la théorie de la localisation, v. en particulier, H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938 ; du même auteur « Subjectivisme et Objectivismus dans le droit international privé des contrats » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, p.39 et s. ; « La loi appropriée au contrat » in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p.1 et s. Et sur l'importance que revêt la localisation en droit international privé en général, v. H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de Droit international privé*, t. 1, 8^e éd. LGDJ, 1993, spéc. p.446 et s., n°266 et s.

envisage d'introduire une action en justice qu'il faut se placer, et se demander alors si les règles de compétence en vigueur dans le ou les Etats dans lesquels elle projette d'agir lui permettent de le faire.

A ce stade, le poids des prévisions spontanées, que nourrissent les parties dans l'ignorance des règles de droit international privé applicables, est évidemment bien moindre que lors de la naissance et du déroulement du rapport de droit : en effet, les parties ne saisissent que rarement le juge d'un Etat donné au hasard, sans s'être préalable renseignées sur la teneur des règles de compétence qui y sont en vigueur.

Aussi, contrairement au domaine du conflit de lois, où l'on recherche, grâce à la proximité entre le rapport litigieux et la loi désignée, une correspondance entre les règles de décision et les règles de comportement auxquelles les parties au rapport de droit ont pu spontanément se fier, la prévisibilité en matière de compétence dépend, pour l'essentiel, non pas de la proximité entre la situation litigieuse et le juge compétent au fond, mais de la teneur des règles de compétence potentiellement applicables. Ces règles sont, en effet, à la fois les règles de conduite auxquelles les parties se fient avant de saisir un juge donné et les règles de décision qui seront appliquées par ce juge pour déterminer s'il est ou non compétent.

10. Or puisqu'en matière de compétence, la prévisibilité dépend pour une large part de la teneur des règles de compétence potentiellement applicables, elle ne peut être atteinte que si lesdites règles sont elles-mêmes claires et prévisibles. A l'inverse, si elles sont complexes et laissent place à des incertitudes, toute prévisibilité s'avère compromise pour les parties. Telle est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la Cour de justice a exclu, dans son fameux arrêt *Owusu*, la possibilité pour le juge saisi de décliner la compétence qu'il tient aujourd'hui de l'article 4 du règlement Bruxelles I bis sur le fondement d'une exception de *forum non conveniens* : pareille exception risque, en effet, de déjouer les prévisions de parties qui, avant d'introduire une action en justice, avaient consulté les règles de compétence en vigueur dans l'Etat où elles entendent agir et pensaient pouvoir compter sur leur application¹⁵.

11. La question essentielle qui se pose s'agissant de l'option de compétence en matière contractuelle est, en conséquence, celle de savoir si elle permet aisément aux parties qui souhaiteraient s'en prévaloir de déterminer si leur demande relève de son champ d'application et, dans l'affirmative, quel est le juge qu'elle désigne.

Or bien qu'il se soit écoulé plus de cinquante-cinq ans depuis son apparition dans la Convention de Bruxelles, l'option de compétence en matière contractuelle demeure d'un maniement particulièrement délicat, tant en ce qui concerne son champ d'application que sa mise en œuvre.

12. Définir son champ d'application requiert ainsi de faire le départ entre les demandes qui relèvent de la matière contractuelle et celles qui n'en relèvent pas. Cette tâche se révèle particulièrement ardue, principalement pour deux raisons.

La première est que la définition de la matière contractuelle adoptée par la Cour de justice, qui considère qu' « *elle ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »¹⁶ est intrinsèquement problématique. Comme le reconnaît ainsi sans ambages la Cour de justice¹⁷, elle excède de beaucoup la figure du contrat, qui requiert non pas un

¹⁵ CJCE, 1er mars 2005, aff. C-281/02, Andrew Owusu c/ N. B. Jackson et al., spéc. pt 41 ; Europe 2005, comm. 189, note L. Idot ; Rev. crit. DIP 2005, p. 698, note C. Chalas ; JDI 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M.M. Winkler ; Gaz. Pal. 28 mai 2005, n° 148, p. 31, note M.-L. Niboyet ; D. 2006, p. 1501, obs. F. Jault-Seseke.

¹⁶ CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, préc. spéc. pt 15 : Rev. crit. DIP 1992, p. 730, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1993, p. 469, note J.-M. Bischoff ; RTDE 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommières ; D. 1993, somm. p. 214, obs. J. Kullmann ; JCP G 1992, II, 21927, note C. Larroumet ; RTD civ. 1993, p. 131, obs. P. Jourdain.

¹⁷ CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), spéc. pt 22, D. 2002, IR, p. 2774 ; Procédures 2002, comm. 228, obs. C. Nourisset ; Rev. crit. DIP 2003, p. 668, note P. Rémy-Corlay ; JDI 2003, p. 668, obs. A. Huet ; Defrénois 2003, p. 254, obs. R. Libchaber ; RTD com. 2003, p. 207, obs. A. Marmisse ; CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-27/02, Petra Engler c/ Janus Versand GmbH, spéc. pt 50, RTD civ. 2005, p. 350, obs. P. Rémy-Corlay ; RTD com. 2005, p. 636, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2005, comm. 103, obs. L. Idot ; Cah. dr. eur. 2006, p. 503, note H. Tagaras ; CJUE, 14 mars 2013, aff. C-419/11, Česká spořitelna a.s. c/ Gerald Feichter, spéc. pt 46, D. 2013, p. 779 ; RTD civ. 2013, p. 341, obs. P. Rémy-Corlay ; RTD com. 2013, p. 379, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2013, comm. 246, obs. L. Idot ; Gaz. Pal. 2013, n° 246, p. 29, obs. M. Nioche ;

simple engagement d'une partie envers une autre, mais la rencontre de deux ou plusieurs volontés. Or cette extension paradoxale de la matière contractuelle à des figures non-contractuelles soulève le problème des limites de cette matière. Pour ne prendre qu'un exemple, une demande de dommages-intérêts fondée sur la rétractation prématurée, lors de la période précontractuelle, d'une offre assortie d'un délai relève-t-elle de cette matière ? Parce qu'il paraissait avoir exclu, certes à la faveur d'une motivation circonstanciée, la phase des pourparlers de la matière contractuelle, l'arrêt *Tacconi*¹⁸ incite à croire que non. Il faut pourtant bien constater qu'une offre assortie d'un délai exprès correspond en tout point à la définition de la matière contractuelle adoptée par l'arrêt *Jakob Handte*.

13. Hormis le flou entourant les limites de la matière contractuelle, la référence à la liberté de l'engagement n'apparaît guère justifiée. Prise à la lettre, elle pourrait en effet aboutir à l'exclusion de la matière contractuelle de contrats qui, bien qu'ils aient été imposés, par la loi notamment, n'en sont pas moins des contrats. Elle pourrait au surplus faire naître un doute quant à l'inclusion dans la matière contractuelle d'une demande tendant à l'annulation d'un contrat pour violence : un engagement conclu dans de telles conditions n'est, en effet, pas librement assumé par la victime, dont le consentement a été constraint. Pourtant, le contentieux de la nullité du contrat et des restitutions paraît, à la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice, devoir relever en son intégralité de la matière contractuelle¹⁹. Eu égard aux difficultés suscitées par cette condition, que rien n'obligeait la Cour de justice à poser, l'on comprend l'embarras qu'elle éprouve lorsqu'il s'agit de distinguer les engagements qui, parce qu'ils sont librement assumés, relèvent de la matière contractuelle²⁰, de ceux qui, parce qu'ils sont imposés, n'en relèvent pas²¹. Sa jurisprudence en la matière ne brille, en effet, pas spécialement par sa cohérence²².

14. Non seulement la définition retenue par la Cour de justice de la matière contractuelle est-elle intrinsèquement défectueuse, mais l'identification des demandes qui en relèvent se révèle fort délicate.

Ainsi n'est-on pas certain du type de lien entre la demande et l'engagement librement assumé d'une partie envers une autre qui justifierait que la première soit incluse dans la matière contractuelle. Faut-il, comme le laissent penser certains arrêts de la Cour de justice, que la demande soit étroitement liée à cet engagement, au point de se fonder sur une violation de celui-ci²³ ? Ou suffit-il, comme le suggèrent d'autres arrêts, que la demande entretienne un lien même distendu avec l'engagement²⁴ ? Si cette dernière thèse devait prévaloir,

D. 2013, p. 2296, obs. L. d'Avout ; CJUE, 5 déc. 2019, aff. C-421/18, Ordre des avocats du barreau de Dinant c/ JN, spéc. pt 25, Europe 2020, comm. 84, obs. L. Idot ; RTD eur. 2020, p. 341, chron. M.-E. Ancel ; RTD com. 2020, p. 209, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; D. 2020, p. 951, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2020, p. 1608, note C. Legendre ; D. 2020, p. 1970, obs. E. Farnoux ; CJUE, 11 nov. 2020, aff. C-433/19, Ellmes Property Services Limited c/ SP spéc. pt 36, Procédures 2021, comm. 67, obs. C. Nourissat ; Europe 2021, comm. 38, obs. L. Idot.

¹⁸ CJCE, 17 sept. 2002 préc.

¹⁹ V. CJUE, 20 avr. 2016, aff. C-366/13, Profit Investment SIM SpA c/ Stefano Ossi e.a., D. 2017, p. 375, obs. M. Mekki ; D. 2017, p. 1021, obs. F. Jault-Seseke ; Europe 2016, comm. 221, obs. L. Idot ; JDI, 2017, comm. 8, C. Kleiner ; Procédures 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat) ; CJUE, 9 déc. 2021, aff. C-242/20 Hrvatske Šume d.o.o., Zagreb, c/ BP Europa SE, pt 47, Dalloz actualité, 14 janv. 2022, obs. F. Mélin Rev. crit. DIP 2022. 542, note O. Boskovic ; RTD eur. 2022. 183, étude S. Sana-Chaillé de Néré.

²⁰ CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82, Martin Peters Bauunternehmung GmbH c/ Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, spéc. pt 15 et pt 18, Rev. crit. DIP 1983, p. 663, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1983, p. 834, obs. A. Huet ; CJCE, 10 mars 1992, aff. C-214/89, Powell Duffryn plc c/ Wolfgang Petereit, spéc. pt 15 : JDI 1993, p. 474, obs. J.-M. Bischoff ; Rev. crit. DIP 1992, p. 528, note H. Gaudemet-Tallon ; CJUE, 8 mai 2019, aff. C-25/18, Brian Andrew Kerr c/ Postnov et Postnova, spéc. pts 27 à 30, D. 2019, p. 996 ; D. 2020, p. 951, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2019, p. 789, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2019, comm. 308, obs. L. Idot ; Loyers et copr. 2019, repère 8, n° 9, obs. J. Monéger ; Rev. crit. DIP 2020, p. 93, note M.-C. Lambertye-Autrand ; CJUE, 19 nov. 2019, aff. C-200/19, INA-Industrija nafta d.d. e.a. c/ Ljublanska banka d.d., spéc. pt 29, RTD eur. 2020, p. 341, chron. M.-E. Ancel ; CJUE, 11 nov. 2020, aff. C-433/19, Ellmes Property Services Limited c/ SP, préc. spéc. pt 39.

²¹ CJUE, 5 déc. 2019, aff. C-421/18, Ordre des avocats du barreau de Dinant c/ JN, préc. spéc. pts 31 et 32.

²² V. à cet égard, JCI. Dr. internat, fasc. 584-130, spéc. n°11.

²³ CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12, Marc Brogsitter c/ Fabrication de Montres Normandies EURL et Karsten Fräßdorf, spéc. pt 24, D. 2014, pan., p. 1068, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2014, p. 1973, obs. S. Bollée ; Europe 2014, comm. 241, obs. L. Idot ; Procédures 2014, comm. 141, obs. C. Nourissat ; RDC 2014, p. 691, obs. M. Laazouzi ; RTD com. 2014, p. 446, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Rev. crit. DIP, 2014, p. 863, note B. Haftel ; CJUE, 24 nov. 2020, aff. C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. KG c/ Booking.com BV, préc. spéc. pts 33 et s.

²⁴ CJUE, 20 avr. 2016, aff. C-366/13, Profit Investment SIM SpA c/ Stefano Ossi e.a. préc. ; CJUE, 9 déc. 2021, aff. C-242/20 Hrvatske Šume d.o.o., Zagreb, c/ BP Europa SE préc. ; CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo SpA c/ Ambrosi Emmi France SA, D. 2016, p. 1575 ; D. 2016, p. 2037, obs. S. Bollée ; D. 2016, p. 2223, note F. Buy ; D. 2016, p. 2017, 1021, obs. F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2016, 442, obs. I. Luc ; RTD civ. 2016, p. 814, note L. Usunier ; RTD civ. 2016, p. 837, obs. H. Barbier ; Europe 2016, comm. 375, obs. L. Idot ; JCP G 2016, doctr. 1020, obs. C. Nourissat ; JCP G 2016, n° 1017, note K. Beltz ; JCP E 2016, 1507, note D. de Lammerville et L. Marion ; JDI 2016, comm. 19, note J. Heymann ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 335, obs. N. Mathey ; RDC 2016, p. 700, obs. B. Haftel ; Rev. crit. DIP 2016, p. 703, note F.-X. Licari ; RTD com. 2017, p. 231, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RJDA 2016, n° 839 ; RLDA nov. 2016, p. 30, note Beaumont et Di Benedetto ; RLC sept. 2016, p. 44, note Kouchnir-Cargill et Camilleri ; RJ com. 2017, p. 188, obs. Attal ; Procédures

pourrait relever de la matière contractuelle une multitude de demandes qui, bien qu'ayant un lien avec un engagement contractuel, reposent sur la violation d'un devoir légal de comportement.

De même hésite-t-on sur le point de savoir si une demande fondée sur la violation d'un contrat mais émanant d'un tiers ou dirigée contre un tiers relève de la matière contractuelle : certains arrêts laissent penser que oui²⁵, d'autres que non²⁶.

Ce ne sont là, il faut le souligner, que quelques-unes des difficultés, fort nombreuses, suscitées par la délimitation du champ d'application de l'article 7.1.

15. A supposer ces difficultés résolues, la mise en œuvre de l'article 7.1 n'a rien non plus d'une promenade de santé.

Conformément au point c) de l'article 7.1, aux termes duquel « *le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas* », il y a d'abord lieu d'envisager l'application du point b), dont le champ d'application matériel est limité aux contrats de vente de marchandises et de fourniture de services.

16. Si la définition des contrats de vente de marchandises visés par le point b) ne suscite que quelques difficultés ponctuelles²⁷, celle des contrats de fourniture de services pose, elle, de très sérieux problèmes. L'arrêt *Falco* a, certes, défini ces contrats comme ceux qui prévoient que l'une des parties fournit une « *activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* »²⁸. Toutefois, ni la notion d'activité, ni celle de rémunération ne se distinguent par leur clarté. Concernant ainsi la notion d'activité, des hésitations se font notamment jour au sujet de l'obligation dite de *praestare*, que l'on retrouve dans le prêt ou dans le contrat de bail par exemple : cette obligation n'est, en effet, ni une obligation de faire, ni une obligation de ne pas faire ou de donner, mais une obligation de mise à disposition d'un bien. Aussi, tandis que la Cour de cassation avait paru réticente à qualifier un prêt de contrat de fourniture de services²⁹, la Cour de justice a, elle, admis

2016, comm. 361, obs. C. Nourissat ; CJUE, 15 juin 2017, aff. C-249/16, Saale Kareda contre Stefan Benkö, Dalloz actualité, 22 juin 2017, obs. F. Mélin ; D. 2017, p. 1306 et 2054, obs. S. Bollée ; D. 2018, p. 976, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2017, p. 743, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2017, comm. 334, obs. L. Idot ; Procédures 2017, comm. 191, obs. C. Nourissat ; CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-337/16, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL préc. ; CJUE, 10 juill. 2019, aff. C-722/17, Norbert Reitbauer e.a. c/ Enrico Casamassima, Europe 2019, comm. 405, obs. L. Idot ; RTD eur. 2019, p. 764, obs. G. Payan ; D. 2020, p. 951, obs. F. Jault-Seseke ; JDI 2021, var. 6, C. Ankoua.

25 CJUE, 7 mars 2018, aff. jtes C-274/16, C-447/16 et C-448/16, Flightright GmbH c/ Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, Roland Becker c/ Hainan Airlines Co. Ltd et Mohamed Barkan e.a. c/ Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, Dalloz actualité, 23 mars 2018, obs. F. Mélin ; D. 2018, p. 517 ; JCP G 2018 act. 363, D. Berlin ; Europe 2018, comm. 213, n° 5, obs. L. Idot ; Procédures 2018, comm. 146, n° 5, obs. C. Nourissat ; JCP E 2018, act. 199 ; Gaz. Pal. 17 avr. 2018, n° 15 p. 22, obs. V. Augros ; CJUE, 13 févr. 2020, aff. C-606/19, Flightright GmbH c/ Iberia LAE SA Operadora Unipersonal, Europe 2021, comm. 132, V. Michel ; Énergie – Infrastr. 2020, comm. 17, obs. R. Ktorza ; JT 2020, p. 10, n° 229, obs. X. Delpech ; D. 2020, p. 1425, obs. H. Kenfack ; RTD eur. 2021, p. 454, obs. L. Grard. ; CJUE, 26 mars 2020, aff. C-215/18, Libuše Králová contre Primera Air Scandinavia A/S, D. 2020, p. 708 ; D. 2021, p. 923, obs. F. Jault-Seseke ; JT 2020, n° 230, p. 13, obs. X. Delpech ; RTD com. 2020, p. 733, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2020, p. 341, chron. M.-E. Ancel ; RAE 2020, p. 251, note M. Combet ; JDI 2021, comm. 6, C. Pellegrini ; Europe 2020, comm. 212, obs. L. Idot.

26 V. not. CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, préc. ; CJCE, 27 oct. 1998, aff. C-51/97, Réunion européenne SA e.a. c/ Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et Capitaine commandant le navire « Alblasgracht V002 », Rev. crit. DIP 1999, p. 322, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1999, p. 625, obs. F. Leclerc ; DMF 1999, p. 9, note Ph. Delebecque ; CJUE, 28 janv. 2015, aff. C-375/13, Harald Kolassa c/ Barclays Bank plc, D. 2015, p. 770, note L. d'Avout ; D. 2015, p. 1064, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2015, p. 2040, obs. S. Bollée ; Europe 2015, comm. 133, obs. L. Idot ; Rev. crit. DIP 2015, p. 921, note O. Boskovic ; RDC 2015, p. 547, note B. Haftel ; LPA 2015, n° 173, p. 8, obs. V. Parisot ; RTDE 2015, comm. 79, p. 374, note E. Guinchard ; Banque et Droit 2015, p. 60, note A. Tenenbaum ; Revue Banque 2015, p. 72, note R. Milchio ; Gaz. Pal. 2015, p. 37, note J. Morel-Maroger ; Procédures 2015, 79, note C. Nourissat.

27 V. ainsi, sur la qualification des contrats ayant pour objet des marchandises à fabriquer ou à produire, CJUE, 25 févr. 2010, aff. C-381/08, Car Trim GmbH c/ KeySafety Systems Srl, D. 2010, p. 1837, note T. Azzi, p. 1592, obs. F. Jault-Seseke, et p. 2331, obs. S. Bollée ; Europe 2010, comm. 148, obs. L. Idot ; Procédures 2010, comm. 178, obs. C. Nourissat ; Gaz. Pal. 2010, p. 878, note A. Mittmann ; RTD eur. 2010, p. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard. V. aussi, sur la distinction entre contrat-cadre de distribution et contrat de vente de marchandises, CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA, spéc. pt 36, JCP G 2014, p. 180, obs. P. Berlioz ; Europe 2014, comm. 109, obs. L. Idot ; Procédures 2014, comm. 45, obs. C. Nourissat ; RDC 2014, p. 246, obs. M. Laazouzi ; JDI 2014, comm. 12, n° 3, note J. Heymann ; D. 2014, p. 1068, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2014, p. 1971, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2014, p. 658, note D. Bureau ; RTD com. 2014, p. 443, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; RTD com. 2014, p. 457, obs. P. Delebecque ; CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo SpA c/ Ambrosi Emmi France SA, préc. spéc. pt 35. Et sur les difficultés soulevées par la notion de marchandises, v. JCI Dr. internat, fasc. 584-130 préc. spéc. n°45.

28 CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-533/07, Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch c/ Gisela Weller-Lindhorst, spec. pt 29, Europe 2009, comm. 263, obs. L. Idot ; D. 2009, p. 1489 et 2390, obs. S. Bollée ; D. 2010, p. 1592, obs. F. Jault-Seseke ; RLDA juin 2009, 57, note G. Cavalier ; RDC 2009, p. 1558, note E. Treppoz.

29 Civ. 1re 1er mars 2017, n° 14-25.426, D. 2017, p. 1021, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée.

cette qualification³⁰. Le problème se pose aussi au sujet du contrat de bail³¹ ou de crédit-bail, même si les baux portant sur des immeubles relèvent de la règle de compétence exclusive énoncée à l'article 24.1. Par ailleurs, on hésite sur le point de savoir si des contrats instituant une garantie, tels que le cautionnement, constituent des contrats de prestation de service³².

La notion de rémunération n'apparaît guère plus limpide, surtout depuis que la Cour de justice, dans son arrêt Corman-Collins, en a retenu une définition large, incluant non seulement le versement d'une somme d'argent, mais aussi la fourniture de divers avantages pourvus d'une valeur économique³³. Il est bien difficile, en effet, de déterminer quels sont les avantages susceptibles de constituer une rémunération. Aussi constate-t-on aujourd'hui que la qualification de contrats de même nature varie étrangement d'une espèce à l'autre, selon qu'ils prévoient ou non des avantages susceptibles de constituer une rémunération au sens, particulièrement fuyant, où l'entend la Cour de justice³⁴.

Les hésitations entourant le domaine couvert par le point b) ne sont évidemment pas sans incidence sur le champ du point a), qui regroupe les contrats non visés par le point b).

Sans compter que la liberté accordée aux parties de déroger au point b) au moyen d'une « *convention contraire* », est elle-même incertaine³⁵.

17. A supposer que l'on soit malgré tout parvenu à déterminer si le contrat relevait du point b) ou du point a), il reste encore à appliquer l'une ou l'autre de ces dispositions.

Réputée plus simple, la mise en œuvre du point b) implique de localiser la prestation caractéristique à l'aune des stipulations contractuelles et, si elles ne peuvent être exploitées, de l'économie du contrat ou de son exécution effective si l'économie du contrat ne fournit elle-même aucune indication sur le lieu d'exécution de la prestation³⁶.

Elle n'en soulève pas moins plusieurs difficultés.

Ainsi se peut-il que le contrat ne comporte aucune indication quant au lieu d'exécution de la prestation caractéristique et n'ait, par ailleurs, pas reçu le moindre commencement d'exécution³⁷.

³⁰ CJUE, 15 juin 2017, aff. C-249/16, Saale Kareda c/ Stefan Benkő, préc. spé. pt 36. ; V. aussi CA Paris, 17 mars 2020, n°16/2020.

³¹ V. à ce sujet, admettant que constitue un contrat de fourniture de services au sens de l'article 7.1 b) un « *contrat ayant pour objet le stationnement sur l'une des places de parking délimitées, situées sur la voie publique, organisées et gérées par une société mandatée à cette fin* », CJUE, 25 mars 2021, aff. C-307/19, Obala i lučice d.o.o. c/ NLB Leasing d.o.o., spéc. pt 98, Procédures 2021, comm. 169, obs. C. Nourissat ; Europe 2021, comm. 195, obs. L. Idot ; RTD com. 2021, p. 681, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; v. aussi, affirmant que « *le contrat de location pourrait par nature être assimilé à une fourniture de services* » mais n'appliquant finalement pas le point b), Rouen, 15 mars 2018, n°17/02803.

³² V. à ce propos, JCI. Dr. internat, fasc. 584-130, spéc. pt 49.

³³ CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA préc. spé. pts 39 et 40.

³⁴ V. ainsi, écartant la qualification de fourniture de services d'un partenariat commercial entre un fournisseur et un distributeur de bières faute de « *rémunération spécifique ou d'exclusivité* », Civ. 1^{re} 30 mars 2022, n°20-21.872, D. 2023. 985, obs. S. Clavel ; comp. qualifiant de fourniture de services, « *un contrat de distribution conclu à l'issue d'un processus de sélection et comportant des stipulations particulières concernant la distribution* », Civ.1^{re} , 19 nov. 2014, n° 13-13.405 : D. 2015, note G. Lardeux ; D. 2015, p. 943, obs. D. Ferrier ; D. 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJCA 2015, p. 45, obs. G. Parleani ; JCP G 2014, 1243, obs. P. Berlioz ; JCP G 2015, 11, note D. Sindres ; RTD com. 2015, p. 621, obs. P. Delebecque.

³⁵ V. sur ce point, JCI. Dr. internat, fasc. 584-130, spéc. n°84 à 86.

³⁶ CJCE, 3 mai 2007, aff. C-386/05, Color Drack GmbH c/ Lexx International Vertriebs GmbH, spéc. pt 30, D. 2007, p. 1604, obs. I. Gallmeister ; D. 2007, p. 2573, obs. S. Bollée ; D. 2008, p. 46, obs. C. Nourissat ; Europe 2007, comm. 196, obs. L. Idot ; JCP G 2008, I, 112, obs. J. Normand ; RJ com. 2007, p. 444, note A. Raynouard ; CJUE, 25 févr. 2010, aff. C-381/08, Car Trim GmbH c/ KeySafety Systems Srl préc. pt 53 ; CJUE, 11 mars 2010, aff. C-19/09, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v Silva Trade SA, spéc. pt 40, Europe 2010, comm. 149, obs. L. Idot ; JCP E 2010, p. 1579, note M. Fernet ; D. 2010, p. 834, p. 2331, obs. S. Bollée, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2010, p. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTDE 2010, p. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; Procédures 2010, comm. 270, obs. C. Nourissat ; CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, Electrosteel Europe SA c/ Edil Centro SpA, spéc. pt 26, D. 2011, p. 1694, obs. X. Delpech ; D. 2011, p. 2434, obs. L. d'Avout ; D. 2012, p. 1144, obs. C. Witz, p. 1234, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2011, p. 813, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; JCP G 2011, p. 1002, note D. Martel ; RLDA 2011, n° 64, p. 63, obs. C. Radtke ; Europe 2011, comm. 335, obs. L. Idot ; CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV e.a. c/ Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllsheim spéc. pt 65, D. 2016, p. 1053, obs. F. Jault-Seseke ; D. 2016, p. 2038, obs. S. Bollée ; JDI 2016, chron. 10, obs. L. d'Avout ; Europe 2015, comm. 464, obs. L. Idot ; RTD com. 2015, p. 779, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Procédures 2015, comm. 328, n° 11, obs. C. Nourissat ; Civ. 1re 8 fév. 2023, n°21-13.536, D. 2023.1208, note G. Anou ; ibid. 2023.1812, obs. E. Farnoux.

³⁷ Sur cette difficulté, v. , JCI. Dr. internat, fasc. 584-130, n°69 et 78.

Concernant en outre les contrats de vente de marchandises, s'il est acquis qu'il convient, en cas de livraison impliquant un transport de la marchandise, de retenir, dans le silence du contrat, le lieu « *de la remise matérielle des marchandises par laquelle l'acheteur a acquis ou aurait dû acquérir le pouvoir de disposer effectivement de ces marchandises à la destination finale de l'opération de vente* »³⁸, des problèmes se posent en présence de contrats prévoyant des lieux de livraison multiples, au sein d'un ou de plusieurs Etats membres. Dans le premier cas, il y a lieu de privilégier le lieu de livraison principale, qui n'est pas toujours simple à identifier et, en cas d'impossibilité d'identifier ce lieu, de laisser un choix au demandeur entre les différents lieux de livraison, ce qui peut d'emblée lui donner sur le défendeur un avantage considérable³⁹. Dans le second cas, il semble qu'il faille là encore faire prévaloir le lieu de livraison principale, mais l'on hésite sur la solution à retenir en cas d'impossibilité d'identifier ce lieu⁴⁰. Il serait en tout cas inopportun de laisser alors au demandeur un libre choix, qui placerait le défendeur à sa merci.

18. S'agissant des contrats de fourniture de services, l'une des difficultés récurrentes qui se pose en pratique concerne les services conçus dans un Etat membre à destination d'un autre Etat membre : l'on hésite alors entre l'Etat membre de conception du service⁴¹ et l'Etat membre de destination du service⁴². Un autre problème a trait aux services plurilocalisés au sein d'un ou de plusieurs Etats membres. Dans ce dernier cas, la solution consiste à se référer au lieu de fourniture principale, qui s'avère souvent délicat à identifier, d'autant qu'il est des hypothèses où il se dédouble⁴³, et, en cas d'impossibilité de le déterminer, à la résidence habituelle du prestataire⁴⁴. Cette solution subsidiaire crée un *forum actoris* lorsque le prestataire est demandeur et rend la règle inutilisable lorsqu'il est défendeur, puisque les juridictions de l'Etat membre désignées sont déjà compétentes sur le fondement de l'article 4. Peut-être faut-il transposer ces solutions aux hypothèses dans lesquelles la fourniture de services est plurilocalisée au sein d'un seul Etat membre, mais ce n'est, en l'état du droit positif, pas certain.

19. Si les difficultés se révèlent donc nombreuses dans le cadre de l'application du point b), elles le sont tout autant, sinon, davantage, sous l'empire du point a).

Lorsque l'article 7.1 a) s'applique, il convient tout d'abord d'identifier l'obligation litigieuse qui, selon la Cour de justice, doit être une obligation « *autonome* » et non pas la sanction d'une obligation préexistante,

³⁸ CJUE, 25 févr. 2010, aff. C-381/08, Car Trim GmbH c/ KeySafety Systems Srl préc. pts 54, 60 et 61 ; CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, Electrosteel Europe SA c/ Edil Centro SpA, préc. préc. pt 26 ; Civ. Ire 8 févr. 2023, préc.

³⁹ , CJCE, 3 mai 2007, aff. C-386/05, Color Drack GmbH c/ Lexx International Vertriebs GmbH, préc. spéc. pts 40 à 42.

⁴⁰ V. à cet égard, JCl. Dr. internat, fasc. 584-130 spéc. pt 83.

⁴¹ BGH 2 mars 2006, IX ZR 15/05, NJW, p. 1806, cité par M.-E. Ancel, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », Rev. crit. DIP 2008, p. 561, note 57 ss n° 21 ; Com., 6 oct. 2015, n° 13-18.704 : AJCA 2015, p. 533, obs. C. Nourissat ; D. 2016, p. 1053, obs. F. Jault-Seseke ; v. aussi, jugeant que l'obligation caractéristique du contrat, en l'occurrence l'octroi de la somme prêtée, était localisée, sauf convention contraire, au siège de l'établissement ayant octroyé ledit crédit CJUE, 15 juin 2017, aff. C-249/16, Saale Kareda c/ Stefan Benkő, préc. spéc. pt 42.

⁴² V. par ex. Civ. Ire, 27 mars 2007, n° 06-14.402, D. 2007, p. 1085, obs. I. Gallmeister, p. 2572, obs. S. Bollée ; D. 2008, p. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; Gaz. Pal. 2007, p. 2012, note M.-L. Niboyet ; JCP G 2008, I, 112, obs. J. Normand ; JDI 2008, comm. 8, p. 521, note J.-M. Jacquet ; Civ. Ire, 14 nov. 2007, n° 06-21.372, JCP G 2008, II, 10135, obs. M. Attal ; JDI 2008, comm. 8, p. 521, note J.-M. Jacquet ; Rev. crit. DIP 2008, p. 139, note H. Muir Watt ; D. 2008, p. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; Civ. 3e, 12 sept. 2012, n° 09-71.189, Dalloz actualité, 3 oct. 2012, obs. F. Garcia ; JCP 2012, 54, note M. Parmentier ; Civ. Ire, 30 janv. 2019, n° 17-31.132, Rev. crit. DIP 2019, p. 829, note S. Laval ; D. 2019, p. 1026, obs. F. Jault-Seseke.

⁴³ V. ainsi, en matière de transport, CJCE, 9 juill. 2009, aff. C-204/08, Peter Rehder c/ Air Baltic Corporation, D. 2009, p. 1904 ; D. 2010, p. 1592, obs. F. Jault-Seseke ; RLDA 2009, n° 2546, obs. M. Combet ; RTD com. 2009, p. 825, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; RTDE 2010, p. 195, chron. L. Grard ; Europe 2009, comm. 384, obs. L. Idot ; RDC 2010, p. 195, obs. E. Treppoz et p. 213, obs. A. Tenenbaum ; CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c/ « Kintra » UAB, D. 2014, p. 1822 ; D. 2015, p. 1056, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2015, p. 180, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2014, comm. 503, obs. L. Idot ; Rev. crit. DIP 2015, p. 207, note C. Legros ; CJUE, 11 juill. 2018, aff. C-88/17, Zurich Insurance plc et Metso Minerals Oy c/ Abnormal Load Services (International) Ltd, D. 2018, p. 1501, et 1934, obs. S. Bollée ; D. 2019, p. 1026, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2019, p. 253, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2018, comm. 404, obs. L. Idot ; Procédures 2018, comm. 292, obs. C. Nourissat ; CJUE, 18 nov. 2020, aff. C-519/19, Ryanair DAC c/ DelayFix, JDI 2021, comm. 21, note L. Larribère ; Procédures 2021, comm. 70, obs. C. Nourissat ; Europe 2021, comm. 40, obs. L. Idot ; Énergie – Env. – Infrastr. 2021, comm. 20, obs. R. Ktorza ; D. 2021, p. 412, note F. Jault-Seseke ; D. 2021, p. 1832, obs. E. Farnoux ; Comm. com. électr. 2021, étude 1, n° 10, obs. M.-E. Ancel ; Rev. crit. DIP 2021, p. 421, note J. Heymann ; RTD eur. 2021, p. 455, obs. L. Grard.

⁴⁴ CJUE, 11 mars 2010, aff. C-19/09, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v Silva Trade SA, préc. ; CJUE, 8 mars 2018, aff. C-64/17, Saey Home & Garden NV/SA c/ Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais SA, spéc. pt 34 : Dalloz actualité, 19 mars 2018, obs. F. Mélin ; D. 2018, p. 565 ; AJ Contrat 2018, 240, obs. I. Luc ; Europe 2018, comm. 214, obs. L. Idot ; Procédures 2018, comm. 144, obs. C. Nourissat.

à laquelle elle se substituerait⁴⁵. La Cour de cassation s'est efforcée, avec un succès très relatif, de mettre en œuvre ces directives au sujet notamment d'une indemnité de clientèle, qu'elle a qualifiée d'autonome⁴⁶ et d'une indemnité de préavis, à laquelle elle a refusé cette qualification⁴⁷, sans que l'on sache toutefois très bien quelle est l'obligation contractuelle originale que cette indemnité sanctionne. Bien d'autres situations peuvent soulever des difficultés de ce point de vue. Que l'on songe, par exemple, au cas où une partie, qui se voit reprocher par une autre de n'avoir pas exécuté ses obligations, se prévaut pour se justifier d'une exception d'inexécution. L'obligation à prendre en compte est-elle alors celle que le demandeur reproche au défendeur de n'avoir pas exécuté ou celle que l'*excipiens* invoque au soutien de l'exception qu'il a soulevée ? La difficulté se mue même, parfois, en impossibilité, comme dans le cas d'une demande d'annulation d'un contrat. La Cour de justice a certes opté, au sujet d'une demande d'annulation d'une donation, pour l'obligation de transférer la propriété du bien⁴⁸, mais la solution ne convainc guère : non seulement le transfert de propriété est-il un effet légal du contrat et non pas une obligation contractuelle *stricto sensu*, mais la demande d'annulation ne repose de surcroît pas sur cette prétendue obligation. Elle se fonde, en effet, sur la violation des conditions légales de validité du contrat.

20. Outre les difficultés posées par l'identification de l'obligation litigieuse, il se peut qu'une pluralité d'obligations servent de base à la demande. Pour limiter en pareil cas les risques de morcellement du contentieux, la Cour de justice a prescrit de se référer à la principale obligation litigieuse⁴⁹. Dans son arrêt *Groupe Concorde*, la Cour de justice a ajouté que cette obligation ne pouvait que « *difficilement* » être identifiée sans se référer à la loi applicable à l'obligation⁵⁰. Or non seulement est-il délicat d'opérer, à ce stade, un détour par la loi applicable, mais il se peut fort bien que cette loi ne comporte strictement aucune indication permettant d'identifier, parmi les obligations litigieuses, une obligation principale. Si la tentative d'identifier une telle obligation échoue, il y a lieu de tenir les différentes obligations servant de base à la demande pour « *équivalentes* »⁵¹, ce qui conduit à un morcellement absurde du contentieux chaque fois qu'elles ne sont pas localisées au même endroit.

21. Concernant justement la localisation de la ou des obligations litigieuses, il y a lieu, tout d'abord, de se demander si cette ou ces obligations ne sont pas réfractaires à toute localisation. Dans son arrêt *Besix*, la Cour de justice a en effet dit pour droit qu'en présence d'une obligation de ne pas faire sans limitation géographique, seule la compétence de principe, aujourd'hui prévue à l'article 4, pouvait être invoquée par le demandeur⁵². Or la liste des obligations qu'il est impossible de situer dans l'espace s'avère bien difficile à établir : inclut-elle, par exemple, l'obligation d'information, l'obligation de bonne foi ou de loyauté – à la supposer contractuelle-, ou encore l'obligation de conclure un contrat préalable au contrat principal, tel qu'un contrat d'assurance ?

⁴⁵ CJCE, 6 oct. 1976, aff. 14/76, De Bloos, SPRL c/ Sté en commandite par actions Bouyer, D. 1977, p. 616, note G. Droz ; Rev. crit. DIP 1977, p. 751, note P. Gothon et D. Holleaux ; JDI 1977, p. 719, obs. J.-M. Bischoff.

⁴⁶ Civ. 1re, 8 févr. 2000, n° 97-17.388, Hoff, D. 2002, p. 1401, note B. Audit ; Rev. crit. DIP 2001, p. 148, note M.-E. Ancel. ; Civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 96-21.690, Figot, Rev. crit. DIP 2000, p. 473, note H. Muir Watt ; Civ. 1re civ., 17 juin 2003, n° 01-13.466 ; Civ. 1re, 17 juin 2003, n° 00-17.316, JCP G 2003, IV, 2415. ; Civ. 1^{re} 28 sept. 2011, n° 10-19.111, D. 2012, p. 1234, obs. F. Jault-Seseke.

⁴⁷ Civ. 1re civ., 8 févr. 2000, arrêts Hoff et Figot préc. ; Civ. 1^{re}, 8 nov. 2005, n° 02-20.709 : RDAI 2/2006, p. 254 ; Comp. Civ. 1re, 17 juin 2003, n° 00-17.316, préc., qui juge que « *l'obligation de payer des rappels de commissionnements et des commissions sur préavis* » ne constitue pas la « *sancion du contrat d'agence* ».

⁴⁸ CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-417/15, Wolfgang Schmidt c/ Christiane Schmidt, spé. pt 39, Dalloz actualité, 28 nov. 2016, obs. F. Mélin ; D. 2016, p. 412 ; D. 2017, p. 1020, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2017, p. 236, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; Europe 2017, comm. 45, obs. L. Idot ; Procédures 2017, comm. 36, obs. C. Nourissat ; Defrénois 2017, p. 53, obs. P. Callé ; RDC 2017, p. 483, note B. HafTEL.

⁴⁹ CJCE, 15 janv. 1987, aff. 266/85, H. Shenavai c/ K. Kreischer, Rev. crit. DIP 1987, p. 793, note G. Droz ; JDI 1987, p. 465, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet.

⁵⁰ CJCE, 28 sept. 1999, aff. C-440/97, GIE Groupe Concorde e.a. c/ Capitaine commandant le navire « Suhadiwärno Panjan » e.a. spé. pt 26, JDI 2000, p. 547, obs. J.-M. Bischoff ; Rev. crit. DIP 2000, p. 253, note B. Ancel.

⁵¹ CJCE, 5 oct. 1999, aff. C-420/92, Leathertex Divisione Sintetici SpA c/ Bodetex BVBA, spec. pts 39 et 40, Rev. crit. DIP 2000, p. 76, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 2000, p. 540, obs. F. Leclerc ; JCP G 2000, II, 10354, note C. Bruneau.

⁵² CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-256/00, Besix SA c/ Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et Planungs – und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog), Rev. crit. DIP 2002, p. 577, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD com. 2002, p. 591, obs. A. Marmisse ; JCP G 2003, I, 107, obs. A. Marmisse.

Si l'on est en présence d'une obligation se prêtant *a priori* à une localisation, le lieu où elle doit s'exécuter doit être déterminé à l'aune de la loi qui la régit, laquelle est, en principe, celle du contrat qui la stipule⁵³. Ce détour par la loi applicable est toutefois, là encore, d'une particulière complexité, notamment lorsque la loi désignée est une loi étrangère : il convient alors d'identifier, au sein de cette loi, les règles fixant le lieu du paiement de la ou des obligations litigieuses.

Les parties peuvent, certes, s'accorder au moyen de clauses contractuelles sur la localisation des obligations litigieuses, mais elles doivent prendre garde à ce que la localisation ainsi opérée ne soit pas jugée fictive : si elle l'était, cette stipulation serait envisagée comme une clause attributive de compétence occulte et soumise aux règles applicables à cette dernière⁵⁴. En outre, l'insertion d'une clause de localisation ne dispense pas d'identifier la loi applicable à l'obligation litigieuse, car une telle clause n'a d'efficacité, sous l'empire du point a), que si elle est valable⁵⁵.

22. A l'issue de cet aperçu, non exhaustif, des difficultés soulevées par l'article 7.1, un constat s'impose : cette règle, particulièrement complexe et délicate à mettre en œuvre, n'a strictement rien de prévisible pour les parties qui s'avisaient de s'en prévaloir à l'occasion d'un différend. Ce seul constat pourrait suffire à la condamner tant, en matière de compétence, la prévisibilité fondée sur l'étude des règles elles-mêmes se révèle cruciale.

23. Il reste à se demander si les résultats auxquels cette règle permet de parvenir, à l'issue d'un parcours semé d'embûches, ne correspondent pas malgré tout aux attentes légitimes que peuvent spontanément nourrir les parties dans l'ignorance des règles de compétence applicables ?

Or sous l'angle des attentes spontanées des parties, qui comme on l'a souligné jouent un rôle mineur en matière de compétence, l'option de compétence édictée par l'article 7.1 s'avère là encore très critiquable.

Pour s'en convaincre, l'on peut partir de l'idée que, sauf les cas où un juge aurait été préalablement désigné par les parties au moyen d'une clause attributive de compétence ou présenterait avec le litige des attaches si fortes qu'il pourrait prétendre à une compétence exclusive⁵⁶, les attentes spontanées des parties en matière internationale portent en règle habituelle sur la compétence des juridictions du domicile du défendeur. Ceci ne fait guère de doute pour le défendeur lui-même qui, parce qu'il n'est pas à l'origine de l'action et ne saurait être présumé avoir transgressé ses obligations et causé du tort au demandeur, ne s'attend guère à devoir plaider devant des juridictions autres que celles de son domicile⁵⁷. Mais ceci est également vrai pour le demandeur qui, parce qu'il prend l'initiative d'une action en justice à l'encontre d'un défendeur qui n'a rien à se reprocher tant qu'une décision n'a pas affirmé le contraire, ne peut prétendre être surpris d'avoir à plaider devant les juridictions du domicile du défendeur. Il n'est certes pas question de nier les inconvénients causés au demandeur par un tel déplacement, mais ceux-ci ne sont que la rançon de son choix de chercher querelle au défendeur. Ces inconvénients sont, au surplus, largement contrebalancés par la perspective d'obtenir une décision immédiatement exécutoire dans l'Etat du domicile du défendeur, où ce dernier possède normalement des actifs⁵⁸.

Dans ce contexte, l'option de compétence en matière contractuelle prévue à l'article 7.1 bouleverse sans raison valable les prévisions spontanées des parties, et ce à l'avantage exclusif du demandeur. Ce dernier se voit, en effet, grâce à cette option, offrir la possibilité d'attraire le défendeur devant une voire plusieurs juridictions autres que celle du domicile de celui-ci. De la sorte, l'égalité des armes est d'emblée rompue à

⁵³ CJCE, 6 oct. 1976, aff. C-12/76, Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG, pt 13, JDI 1977, p. 714, obs. A. Huet ; D. 1977, p. 616, note G. Droz ; Rev. crit. DIP 1977, p. 751, note P. Gothot et D. Holleaux.

⁵⁴ CJCE, 20 févr. 1997, aff. C-106/95, Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) c/ Les Gravières Rhénanes SARL, Rev. crit. DIP 1997, p. 563, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1997, p. 625, note A. Huet.

⁵⁵ CJCE, 7 janv. 1980, aff. 56/79, Siegfried Zelger c/ Sebastiano Salinitri préc.

⁵⁶ V. par ex. la compétence exclusive des juridictions de l'Etat membre du lieu de situation de l'immeuble prévue en matière de droits réels immobiliers par l'article 24.1 du règlement Bruxelles I bis.

⁵⁷ V. à cet égard, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* préc. spéci. n° 267, p. 277.

⁵⁸ V. P. Mayer, Cours préc., n° 269, p. 279.

son profit⁵⁹. Elle l'est d'autant plus que l'option de compétence énoncée à l'article 7.1 autorise bien souvent le demandeur à attirer, devrait-on dire à convoquer, le défendeur devant le juge de son propre domicile⁶⁰. Or l'avènement d'un tel *forum actoris*, auquel la Cour de justice se dit fréquemment hostile⁶¹, dans des litiges qui, très généralement, n'opposent guère une partie faible à une partie forte, est parfaitement injustifiée : il est très préjudiciable au défendeur, qui est pourtant, à ce stade, présumé avoir raison, et très avantageux pour le demandeur qui est pourtant présumé avoir tort tant que la décision judiciaire n'a pas renversé cette présomption.

24. Le bilan de l'option de compétence prévue en matière contractuelle à l'article 7.1 est, on l'aura compris, peu flatteur. Fondée sur une proximité vide de sens, cette règle s'avère non seulement inutile à l'aune de l'objectif de bonne administration de la justice qui lui est assignée, mais elle est, au surplus, particulièrement nocive tant sous l'angle de l'harmonie internationale des solutions que sous celui des prévisions légitimes des parties, qu'elle bat en brèche.

Aussi n'existe-t-il, dans ces conditions, aucune raison de maintenir une telle option à l'occasion d'une refonte du règlement Bruxelles I bis. Dans l'hypothèse où elle serait supprimée, la compétence en matière contractuelle obéirait d'ailleurs à des règles offrant davantage de simplicité et de prévisibilité aux parties⁶². Elle échoirait en effet aux juridictions du domicile du défendeur, conformément à l'article 4, les parties demeurant toutefois libres de s'accorder, par le biais d'une clause attributive de compétence ou lors du procès, sur la compétence d'un autre juge.

A défaut de se résoudre à la suppression, hautement souhaitable, de l'option de compétence en matière contractuelle, il conviendrait à tout le moins de la modifier en profondeur pour en gommer les scories les plus flagrantes.

II. PLAIDOYER -SUBSIDIAIRE- EN FAVEUR D'UNE MODIFICATION DE L'OPTION DE COMPETENCE EN MATIERE CONTRACTUELLE

25. Pour limiter les difficultés, inévitables, soulevées par l'existence d'une option de compétence en matière contractuelle, il nous semblerait judicieux de clarifier son champ d'application et d'en modifier les termes.

Concernant son champ d'application, il conviendrait de procéder à une redéfinition de la matière contractuelle qui, à défaut de figurer dans le texte énonçant l'option, pourrait à tout le moins apparaître dans un considérant ou dans un rapport explicatif assortissant la version refondue du règlement.

A cet égard, un retour à une définition classique, plus stricte, mais aussi beaucoup plus précise que ne l'est celle adoptée par la Cour de justice dans l'arrêt *Jakob Handte*, présenterait deux avantages. Elle accroîtrait la prévisibilité de l'option et restituerait à celle-ci une dimension restrictive, propre à son statut d'exception au principe posé à l'article 4. La position actuelle de la Cour de justice, consistant à promouvoir une définition extensive du champ d'application de l'option, nullement limitée au contrat *stricto sensu*⁶³, tout en affirmant par ailleurs la nécessité d'adopter une conception restrictive de cette option⁶⁴, est en effet entachée d'une contradiction intenable.

⁵⁹ En ce sens, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* préc. spé. p. 279, n° 269 ; Comp. P. Schlosser, « Jurisdiction in international litigation. The issue of human rights in relation to national law and the Brussels Convention » Riv. dir. int. pr. e pr. 1991, p. 5. ; H. Muir Watt, « Peut-on sauver le for européen du contrat ? » préc.

⁶⁰ H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc. note 9, ss n° 188 ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc. spé., p. 280, n° 269 ; Aj. J.-P. Beraudo, « Du bon usage des règles de compétence spéciales des conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi », JCP G 2001, I, 299.

⁶¹ V. par ex. CJCE, 11 janvier 1990, aff. C-220/88, *Dumez France et Tracoba* spé. pt 16, Rev. crit. DIP 1990.363, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1990.497, note A. Huet.

⁶² Même s'il ne faut pas nier l'imprévisibilité aujourd'hui suscitée par les clauses attributives de compétence, qui donnent lieu à un abondant contentieux. V. à ce propos, *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, M. Laazouzi (dir.), Editions Panthéon-Assas, 2021 ; aj. *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, G. Affaki et H. Grigera Naon (dir.), ICC, 2015.

⁶³ V. supra. n°12.

⁶⁴ V. cet égard CJCE, 6 oct. 1976, aff. 14/76, *De Bloos, SPRL c/ Sté en commandite par actions Bouyer* préc. spé. pts 8 et s. ; CJCE, 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Athanasiou Kalfelis c/ Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et a.* spé. pt 19, Rev. crit. DIP 1989, p. 112, note H.

Elaborer une telle définition de la matière contractuelle, épousant celle du contrat lui-même, ne requerrait pas de convoquer les mânes de Rabel : il ne saurait, en effet, être question de se lancer dans une entreprise de droit comparé, aux fins d'identifier parmi les vingt-sept définitions nationales les traits du contrat les plus saillants. Non seulement cette méthode comparative, qui était en partie à l'œuvre dans l'arrêt *Jakob Handte*, accoucherait-elle très vraisemblablement d'un « ectoplasme »⁶⁵ semblable à la définition actuelle, mais elle ne serait en outre guère conforme à l'idée d'autonomie, à l'échelle de l'Union, de la matière contractuelle. Une telle autonomie implique en effet l'élaboration d'une définition propre à l'Union et non d'une définition incarnant, par le truchement d'une « méthode comparative dissimulée »⁶⁶, le plus petit dénominateur commun aux droits nationaux des Etats membres.

La nouvelle définition de la matière contractuelle pourrait néanmoins, tout en demeurant autonome, s'inspirer par exemple de la définition posée à l'article 1101 du code civil français, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁷. Aux termes de celle-ci, « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

26. Poser une nouvelle définition, plus claire et plus précise, de la matière contractuelle ne suffirait toutefois pas : il conviendrait encore de préciser quelles sont les demandes relevant de cette matière. A cet égard, il serait judicieux d'indiquer, dans un considérant par exemple, que relèvent de la matière contractuelle les demandes ayant trait aux pourparlers, à la formation, à la validité, aux restitutions, à la détermination du contenu, à l'exécution et à la rupture du contrat. L'option de compétence en matière contractuelle couvrirait, de la sorte, toute la vie du contrat, ce qui limiterait le risque de morcellement du contentieux. On éviterait, par exemple, de donner compétence à des juges distincts pour statuer sur un litige contractuel portant tout à la fois sur les pourparlers, la formation et la validité du contrat : ces questions sont à ce point liées qu'elles doivent relever de la compétence d'un seul et même juge, sous peine d'aboutir à des solutions inconciliables.

27. Il serait en outre utile de clarifier les solutions applicables dans les hypothèses où la demande en matière contractuelle émanerait ou serait dirigée contre un tiers. Il n'y aurait dans ce cas pas lieu, croyons-nous, de délaisser la qualification contractuelle au profit, par exemple, d'une qualification délictuelle. Cette dernière qualification achèverait de ruiner les prévisions légitimes du défendeur, et ce pour deux raisons. Elle pourrait, d'une part, aboutir à la désignation du juge du lieu du fait dommageable, qui peut lui-même être parfaitement fortuit, pour statuer sur une demande pourtant fondée sur le contrat. Elle risquerait, d'autre part, d'occasionner un morcellement du contentieux lorsqu'une demande fondée sur le contrat émane d'un tiers tandis qu'une autre émane d'un créancier contractuel⁶⁸.

28. Hormis une clarification du champ d'application de l'option en matière contractuelle, il conviendrait d'en modifier les termes aux fins de la rendre moins difficile à manier et moins imprévisible. A cette fin, il nous semble indispensable de mettre fin à la dualité, injustifiable, qui résulte aujourd'hui des points a) et b). Pour ce faire, il serait envisageable de généraliser l'approche prévue par le point b), consistant à donner compétence au juge du lieu d'exécution de la prestation caractéristique.

29. Pareille modification présenterait le double avantage de supprimer les difficultés de frontière entre les points a) et b) et de supprimer définitivement la règle de compétence, catastrophique, prévue aujourd'hui au point a).

Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 457, obs. A. Huet ; CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA, préc. spé. pt 14.

⁶⁵ M.-E. Ancel, note ss Civ. 1^{re}, 9 et 23 mars 2011 : Rev. crit. DIP 2011, p. 915.

⁶⁶ K. Kerameus, « La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles », Travaux comité fr. DIP 1993, p. 255, spé. n°3.

⁶⁷ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁸ V. à cet égard, JCl. Dr. internat, fasc. 584-130 spé. pts 29 et 30.

La règle nouvelle ne serait, certes, à première vue, pas adaptée à certains contrats qui, à l'instar de l'échange, ne renferment pas de prestation caractéristique. Rien n'interdit toutefois de considérer que ce type de contrat renferme, en réalité, une double prestation caractéristique, et de donner dès lors compétence au juge du lieu d'exécution de cette double prestation. Ainsi le juge désigné par l'option pour statuer sur un contrat d'échange serait-il celui du lieu de l'échange. A défaut, il serait sans inconvénient, concernant de tels contrats, de se limiter à la règle de principe donnant compétence aux juridictions du domicile du défendeur, tout en autorisant les parties à y déroger en désignant d'un commun accord la juridiction compétente.

30. S'agissant de la détermination du lieu d'exécution de la prestation, elle pourrait, comme aujourd'hui dans le cadre du point b), s'opérer selon les stipulations du contrat ou son économie et, dans le silence du contrat, au regard de son exécution effective. Dans le cas où la localisation, ainsi conçue, s'avèrerait impossible, l'option ne pourrait guère être invoquée.

Certaines difficultés de localisation déjà évoquées, pourraient malgré tout resurgir sous les auspices de la règle nouvelle, mais il serait sans doute possible d'y remédier, au moins en partie, en apportant, dans le texte lui-même de l'option, voire dans un considérant ou dans un rapport explicatif, quelques précisions relatives au lieu d'exécution de la prestation caractéristique.

Ainsi pourrait-on prévoir qu'en présence d'une prestation caractéristique transfrontière, c'est le lieu de fourniture finale de cette prestation et non le lieu de l'Etat membre à partir duquel elle est fournie qui devrait par principe prévaloir : cette solution semble, en effet, la plus indiquée, car elle est notamment la plus conforme à l'objectif de proximité ayant présidé à l'insertion d'une option en matière contractuelle⁶⁹.

En outre, dans les hypothèses de plurilocalisation de la prestation, il pourrait être prévu, d'une part, que le juge compétent est celui du lieu d'exécution principale, ce lieu étant défini selon le contrat ou, à défaut, selon les circonstances de la cause, et, d'autre part, qu'en cas d'impossibilité d'identifier le lieu d'exécution principale, l'option ne pourrait tout simplement pas jouer.

31. Eu égard aux difficultés de localisation de la prestation qui, nonobstant les quelques précisions destinées à les tarir, risquent de demeurer nombreuses, ne pourrait-on pas aller plus loin et se fier, dans le cadre de la règle de compétence, non pas à la localisation de la prestation elle-même, mais à celle du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur de cette prestation ? On reconnaît là la technique utilisée, dans le champ du conflit de lois, par le règlement Rome I notamment, en l'absence de choix de lois par les parties⁷⁰.

Séduisant à première vue, cet alignement de la règle de compétence sur la règle de conflit de lois s'avère, à la réflexion, désastreux. Occultant le fait que les règles de compétence obéissent à des considérations qui leur sont propres, distinctes de celles qui sous-tendent les règles de conflit de lois, il aurait pour effet de conférer un avantage indu, sous la forme d'un *forum actoris*, au débiteur de la prestation caractéristique chaque fois qu'il est demandeur, et de rendre la règle inutilisable chaque fois qu'il est défendeur, les juridictions de l'Etat membre de son domicile étant d'ores et déjà compétentes sur le fondement de la règle de principe aujourd'hui énoncée à l'article 4.

Quitte à sauver le *for* du contrat, mieux vaudrait donc se garder d'aligner les solutions applicables dans le cadre de l'option de compétence sur celles prévues en matière contractuelle dans le champ du conflit de lois.

⁶⁹ V. JCl. Dr. internat, fasc. 584-130 spéç. pt 71.

⁷⁰ V. les articles 4 et 5.1 du règlement n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).