

Contentieux international

RÉFLEXIONS SUR LES CLAUSES DE JURIDICTION ASYMÉTRIQUES

À PROPOS DE CASS 1^{RE} CIV., 26 SEPTEMBRE 2012



MARIE-ÉLODIE ANCEL
Professeur
Faculté de droit
de l'UPEC



LÉA MARION
Docteur en droit
juriste
Clifford Chance
LLP



LAURENCE WYNAENDTS
Avocat à la cour
Clifford Chance
LLP

Fustigeant le « caractère potestatif » d'une clause qui offrait un choix de tribunaux compétents à une seule des deux parties, l'arrêt Rothschild paraît imposer une parfaite égalité des plaideurs dans l'accès au juge. Ainsi, l'arrêt menacerait tous les accords de juridiction asymétriques, pourtant fréquents dans les contrats internationaux. En réalité, si les clauses qui abandonnent totalement la compétence au gré d'un contractant doivent être censurées, les autres clauses, simplement dissociatives, doivent seulement veiller à ne pas exposer *in concreto* l'autre partie à un net désavantage.

Les données du litige ayant conduit à l'arrêt rendu le 26 septembre 2012¹ par la première chambre civile de la Cour de cassation semblaient parfaitement ordinaires. En 2006, une Française, domiciliée en Espagne, avait confié une somme importante, héritée de son père, à une banque luxembourgeoise du groupe Rothschild. Pour ce faire, elle était venue

s'adresser à une société française du même groupe et avait contracté, par l'intermédiaire de cette société française, avec la banque. On peut supposer que ces deux sociétés n'exerçaient pas leurs activités en Espagne, État membre du domicile de la cliente, et qu'elles n'y dirigeaient pas non plus leurs activités, si bien que la cliente ne se trouvait pas protégée par les règles spécifiques applicables aux consommateurs mises en place par le règlement Bruxelles I sur le terrain des conflits de juridictions². Le contentieux qui apparut, en 2009, lorsque la cliente se plaignit de pertes financières conséquentes et qu'elle imputa à la banque luxembourgeoise un manquement à son devoir de conseil et d'information, relevait donc, s'agissant de la compétence juridictionnelle, du régime général issu du règlement Bruxelles I. La demanderesse avait alors saisi le Tribunal de grande instance de Paris, devant lequel étaient assignées la banque et son intermédiaire en France. Devant les juridictions du fond, la compétence française fut retenue à l'égard de la banque luxembourgeoise après avoir, d'une part, écarté la clause attributive de juridiction dont celle-ci se prévalait et, d'autre part, admis qu'elle pouvait être atraite devant le tribunal du domicile de sa codéfenderesse en raison de la connexité des demandes formées contre elles. Ce second aspect, bien qu'il soit notable et qu'il permette à la Cour de cassation d'alimenter une évolution amorcée par la Cour de justice à propos de la connexité des demandes dirigées contre une pluralité de défendeurs³, ne sera pas abordé ici. L'attention sera

1. Cass. 1^{re} civ., 26 septembre 2012, n° 11-26.022, à paraître au Bulletin ; D. Bureau, *Rev. crit. DIP*, à paraître ; J.-G. Mahinga, *Petites Affiches*, 2012, n° 228, p. 7 et s. ; D. Martel, D. 2012, p. 2876 ; G. Cuniberti, *Droit et procédures* 2012, n° 11, p. 290 ; P. Berlioz, *RJcom* déc. 2012, p. 21 ; L. Degos, D. Akchoti, *JCP G* 2013, n° 105 ; C. Brière, *JDI* 2013, p. 175 ; P. Ancel, G. Cuniberti, *Journal des Tribunaux*, Luxembourg, 2013, p. 7 ; R. Fentiman, *The Cambridge Law Journal* 2013, n° 72, p. 24 ; C. Nourissat, *Rev. Lamy Droit des affaires* 2013/80, p. 51 ; P.-E. Partsch, E. Robberecht, *Revue trimestrielle de droit financier* 2013, n° 1, p. 88 ; D. Mondoloni, *Décideurs stratégie finance*, mars 2013, p. 24. Les auteurs du présent article expriment leur reconnaissance à Dominique Foussard, avocat aux Conseils, pour leur avoir communiqué le rapport de Mme Françoise Monéger, conseiller rapporteur dans la présente affaire.

2. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », art. 15 et s. concernant les contrats de consommation.

3. Tout d'abord, la Cour de justice avait affirmé que des demandes dirigées contre des défendeurs différents lors d'une même action en réparation ne pouvaient pas être connexes si elles reposaient sur des fondements différents (contractuel et délictuel) (CJCE 27 octobre 1998, aff. C-51/97, *Réunion européenne SA*, § 50). Puis, en 2006, la Cour jugea que, si l'on voulait attraire un défendeur devant le tribunal

concentrée sur l'étape, préalable et nécessaire, ayant consisté à mettre à l'écart la clause attributive de juridiction unissant la cliente demanderesse et la banque défenderesse.

Le contrat prévoyait la stipulation suivante : « Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède. » Or, pour la Cour de cassation, « ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X... ou devant "tout autre tribunal compétent", ne liait, en réalité, que Mme X... qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque ». La Haute Juridiction a dès lors approuvé la cour d'appel d'avoir conclu que la clause « était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». La cliente se trouvait ainsi déliée de son engagement et pouvait donc solliciter la compétence des tribunaux français⁴. Comme la clause litigieuse obéit à un modèle usuel dans les opérations bancaires et financières, l'arrêt du 26 septembre 2012 suscite plus que de la perplexité. Les réflexions qui vont suivre auront pour but de mesurer la portée exacte de cet arrêt. Au vrai, les clauses de résolution de litiges optionnelles sont multiples⁵ : seules sont toujours critiquables celles qui sont véritablement discrétionnaires (I.), non nécessairement celles qui sont simplement dissociatives (II.).

I. LES CLAUSES VÉRITABLEMENT DISCRÉTIONNAIRES

Le juge de la mise en état et les juges d'appel ont écarté la clause litigieuse en se fondant sur son caractère discrétionnaire : le premier a considéré que la clause laissait à la banque « un très large choix discrétionnaire »⁶ et la cour d'appel a décidé qu'une clause ne pouvait pas « abandonner à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion »⁷. En mettant en avant le « caractère

potestatif » de la clause, la Cour de cassation opère un changement terminologique qui, à l'examen, n'entraîne aucune modification sur le fond. Ce n'est pas une nouveauté : les clauses véritablement discrétionnaires sont prohibées (1.). Néanmoins, en l'espèce, on pouvait douter que la clause litigieuse soit l'une d'elles (2.).

1. Une prohibition certaine

Dans l'affaire Rothschild, par trois fois, les juges français en ont appelé au règlement Bruxelles I pour repousser la clause litigieuse. En appel et en cassation, c'est la contrariété à « l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I » qui a été soulignée. Pour sa part, le juge de la mise en état avait précisé le grief fait à la clause : elle atteignait le Règlement en ce qu'« il fait de la prévisibilité des règles de compétence une conséquence directe du principe de sécurité juridique ». Ce point est rigoureusement exact : la prévisibilité de la compétence est l'objectif poursuivi par le règlement Bruxelles I dans son article 23 puisqu'il s'agit pour les parties de s'entendre sur la ou les juridictions compétentes et d'exclure, en principe, toutes les autres. Cela étant, cet objectif de prévisibilité auquel contribuent les clauses attributives de compétence est apprécié avec une certaine souplesse par la Cour de justice.

Ainsi, les clauses réciproques qui obligent chaque partie à assigner l'autre dans l'État du domicile de celle-ci⁸ ont été admises sur le fondement du respect de l'autonomie de la volonté des parties. L'admission de ce type de clauses était loin d'être acquise en raison de la rédaction des règles uniformes européennes, selon lesquelles « les parties [...] sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre ». La possibilité de désigner des tribunaux d'États membres différents pouvait, dès lors, être discutée. La Cour de justice a tranché le débat en jugeant « que cette formulation [...] ne saurait cependant être interprétée comme visant à exclure la possibilité, pour les parties, de désigner deux ou plusieurs juridictions en vue du règlement de litiges éventuels »⁹. Ces clauses de juridiction n'apportent aucune option de compétence supplémentaire au demandeur par rapport aux chefs de compétence prévus par le règlement Bruxelles I. Néanmoins, comme le souligne la Cour de justice, elles ont « pour conséquence d'exclure, dans les rapports entre parties, d'autres attributions de compétence facultatives, telles qu'on les trouve aux articles 5 et 6 de la Convention »¹⁰. L'exclusivité de compétence conférée par la clause attributive de juridiction permet de renforcer la prévisibilité des parties quant à la juridiction compétente en paralysant le phénomène des compétences concurrentes et des compétences optionnelles¹¹.

du domicile de son codéfendeur, il fallait démontrer que, jugées séparément, les causes pouvaient aboutir à des décisions divergentes s'inscrivant dans « une même situation de fait et de droit » (CJCE 13 juillet 2006, aff. C-539/03, Roche Nederland B.V., § 26). En conséquence, des demandes fondées sur des lois différentes ne pouvaient être « connexes ». Cette appréciation étroite de la connexité semble avoir perdu de sa stabilité, la Cour ayant admis plus récemment que l'identité des fondements juridiques des demandes n'est qu'un facteur pertinent parmi d'autres pour apprécier l'existence d'un lien de connexité (CJUE 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, Painer, § 80 et, déjà, CJCE 11 octobre 2007, aff. C-98/06, Freeport, § 41 ; comp., pour une contrefaçon de brevet européen, CJUE 12 juillet 2012, aff. C-616/10, Solvay, § 25).

4. Compétence qui fut retenue à raison de la connexité des demandes, qui « avaient le même objet, et posaient la même question », « peu important », selon la Cour de cassation, qu'elles « soient éventuellement fondées sur des lois différentes ». En ce sens, v. également V. Trstenjak, conclusions dans l'affaire Painer précitée, présentées le 12 avril 2011, n° 83.
5. Pour une étude complète, incluant l'alternative de l'arbitrage : J. Barbet, P. Rosher, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arbitrage* 2010, p. 45.
6. TGI Paris 18 janvier 2011, ord. JME, telle que reproduite par le pourvoi de la banque.
7. CA Paris 18 octobre 2011, RG n° 11/03572.

8. Dans l'affaire Meeth qui a donné lieu à l'arrêt, la clause était ainsi rédigée : « toute action en justice formée par Meeth contre Glacetal doit l'être devant les tribunaux français ; inversement, toute action en justice formée par Glacetal contre Meeth doit l'être devant les tribunaux allemands » (CJCE 9 novembre 1978, aff. 23/78, Meeth).

9. Ibid.

10. Ibid.

11. En ce sens, H. Gaudemet-Tallon précise : « l'exclusivité de la compétence conférée

De plus, l'objectif uniforme de prévisibilité n'impose pas la rédaction de clauses attributives de juridiction de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé. Il suffit, en effet, selon la Cour de justice, que la clause « identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître. Ces éléments, qui doivent être suffisamment précis pour permettre au juge saisi de déterminer s'il est compétent, peuvent être concrétisés, le cas échéant, par les circonstances propres à la situation de l'espèce¹². » Il convient donc, au minimum, que les tribunaux élus soient objectivement déterminables. À l'inverse, si la détermination de la compétence dépend d'un élément subjectif et individuel, tel que le libre choix d'une partie, la clause attributive de juridiction ne répond pas aux exigences du droit de l'Union européenne¹³.

Tel est notamment le cas d'une clause qui stipule : « l'acheteur accepte [...] tout Tribunal – en Angleterre ou ailleurs – que le vendeur pourra désigner pour la solution de tout différend découlant du présent contrat ». En effet, selon la cour d'appel de Paris, « cette clause aboutit à donner à une des parties un choix sans limite de la juridiction compétente et à permettre ainsi toute fraude destinée à faire obstacle ou à entraver la mise en œuvre d'une bonne administration de la justice » ; « elle est, donc, contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation conventionnelle de compétence telle que prévue par l'article 17 de la Convention de Bruxelles ». C'est cette formule que les juges d'appel et de cassation ont reprise dans les arrêts rendus dans l'affaire Rothschild¹⁴.

Hors du champ d'application des règles européennes – le plus souvent parce qu'un tribunal ou les tribunaux d'États tiers auront été choisis –, les tribunaux français repoussent les clauses qui laissent à la seule volonté d'une partie le choix du tribunal qu'elle pourra saisir. C'est en ce sens que la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé à propos d'une clause prévoyant que « toutes les actions contre le transporteur pris comme transporteur ou dans une autre qualité, relatives au présent contrat, seront portées devant la juridiction compétente de Rio de Janeiro, même en

cas de connexité, pluralité de défendeurs, intervention dans la procédure d'une tierce partie ou action en responsabilité délictuelle et aucune autre juridiction étrangère ou brésilienne n'aura compétence pour connaître n'importe laquelle de ces actions, à moins que le transporteur ne s'adresse à une autre juridiction ou ne se présente volontairement à elle »¹⁵. La solution retenue par la juridiction d'appel a été confirmée par la Cour de cassation¹⁶. Saisie de la validité d'une clause rédigée dans les mêmes termes, ménageant également une alternative indéfinie aux tribunaux de Rio, la cour d'appel de Rouen a jugé que cette clause « renferme une condition potestative qui la rend nulle »¹⁷. En droit commun, comme en droit européen, les juges veillent à – mais se contentent de – ce que les tribunaux élus soient objectivement déterminables¹⁸.

2. Une application discutable

En l'espèce, la clause ne laissait pas toute liberté à la banque Rothschild puisqu'elle ne l'autorisait à saisir, outre les tribunaux de Luxembourg, que le tribunal du « domicile du client » (en Espagne) et « tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède » : le choix de la banque était donc borné par des règles objectives de compétence, et non laissé à sa seule discrétion. Cela justifie-t-il que la Cour de cassation lui attribue « un caractère potestatif » et approuve les juges du fond de l'avoir écartée ?

Il faut tout d'abord éclaircir cette référence à la potestativité. Il s'agit d'une notion employée en droit des contrats pour caractériser une modalité qui soumet, discrétionnairement ou arbitrairement, l'efficacité d'une obligation à la volonté du débiteur¹⁹. Le droit français prévoit alors, à l'article 1174 du Code civil, l'annulation de l'obligation, considérant que le débiteur n'a pas réellement voulu s'engager.

L'évocation du caractère potestatif peut, assez légitimement, donner l'impression que la Cour de cassation a fait intervenir le droit français substantiel dans le régime de la clause attributive de juridiction²⁰. Pourtant, on ne trouve pas trace de l'article 1174 du Code civil, ni dans les décisions du fond, ni dans le rapport de Mme le Conseiller Monéger, ni dans l'arrêt de la Cour de cassation lui-même. Il est vrai que, pour tous les aspects concernant la dimension proprement juridictionnelle de la clause, c'est la *lex fori* qu'il faut res-

par la clause conduit à reconnaître l'utilité de cette désignation conventionnelle même lorsque la juridiction désignée aurait pu être choisie en raison de l'utilisation d'une option de compétence » (Rép. Dalloz Droit international, v° « Compétence civile et commerciale », 2007, § 103). V. également, Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 1990, Rev. crit. DIP 1991.135, note H. Gaudemet-Tallon.

12. CJCE 9 novembre 2000, aff. C-387/98, Coreck Maritime, pt 15.

13. Cette analyse est partagée par la doctrine française (« Il ne semble cependant pas que l'article 17 autorise une clause qui abandonnerait à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion », J.-P. Beraudo, M.-J. Beraudo, Fasc. 631-31 : Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, J.-Cl. Droit international, § 27 ; « il faut [...] que la clause désigne directement ou permette indirectement de désigner le ou les tribunaux compétent : ainsi, une clause abandonnant à une partie le choix de n'importe quelle juridiction ne relève pas de l'article 17 [de la Convention de Bruxelles] ou 23 [du Règlement Bruxelles I] », H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, LGD, 2010, n° 132) et européenne (« However, a jurisdiction agreement lacks the necessary precision if the choice of the competent court is entirely left at the claimant's option », U. Magnus, P. Mankowski (dir.), Brussels I Regulation, 2011, p. 470, n° 71).

14. Notons également qu'une clause qui laisse au soin de l'une des deux parties de saisir le tribunal qu'elle souhaite sans autre précision d'aucune sorte ne désigne pas le tribunal ou les tribunaux compétent(s) au sens de l'article 23 du Règlement Bruxelles I et ne devrait pouvoir, à ce titre, être considérée comme une clause attributive de juridiction : A. Huet, note sous CA Paris 5 juillet 1989, JDI 1990, p. 152.

15. Traduction libre. CA Aix-en-Provence 11 oct. 1988, RG n° 88/3806.

16. Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-19.877 : « la clause attributive de compétence litigieuse ne conférerait pas une compétence exclusive à la juridiction désignée, et laissait à une des parties le choix d'un autre tribunal, [...] c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la clause devait être réputée non écrite ».

17. CA Rouen 17 janvier 1991, DMF 1992.136. V. aussi : CA Rouen 8 décembre 1994, RG n° 930131 et CA Rennes 26 septembre 1990, DMF 1993.309 : la Cour mentionne « un choix discrétionnaire » au profit d'une seule des deux parties.

18. La Cour de cassation a en effet jugé que la clause n'a pas besoin de désigner expressément la juridiction compétente « dès lors que le droit interne de cet État permet de déterminer le Tribunal spécialement compétent », Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1999, n° 96-22.517.

19. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 10^e éd., 2009, n° 1223.

20. Quoique la notion de potestativité existe aussi en droit luxembourgeois, il est fort douteux que la Cour de cassation ait pu raisonner en droit luxembourgeois sans le préciser.

pecter²¹ mais, s'agissant ici d'une clause en principe régie par l'article 23 du règlement Bruxelles I, la *lex fori* a une allure particulière : elle est composée du Règlement lui-même et de l'interprétation qu'en donne la Cour de justice. En revanche, la validité quant au fond et la formation *stricto sensu* de la clause pourraient relever de la méthode du conflit de lois et ainsi être confiées à la loi du contrat²². Ce point, cependant, n'est pas forcément acquis : la loi du for saisi pourrait s'emparer de ces questions, en particulier en édictant des règles matérielles *ad hoc*²³, tandis que la version révisée du règlement Bruxelles I donne compétence sur ce point à la loi du tribunal élu²⁴, mais en ce compris son droit international privé²⁵. Mais, quoi qu'il en soit de ces aspects-là de la clause, la question de l'amplitude du choix laissé à chaque partie touche à son effet juridictionnel – puisqu'il en ira de la compétence conférée ou retirée aux tribunaux étatiques –, non aux conditions de formation de la clause. Le droit de l'Union européenne était donc pertinent, en ce que la clause litigieuse affectait indéniablement la compétence des tribunaux des États membres.

À la limite, pourtant, on pouvait admettre que le droit français substantiel ne soit pas tout à fait hors jeu tant que *lex fori* puisse, après tout, la clause pouvait permettre à la banque de saisir un tribunal d'un État tiers, à supposer que, selon le droit étranger, ce tribunal fût compétent. Or, le règlement Bruxelles I n'appréhende pas les clauses qui désignent les tribunaux d'États tiers. À supposer donc que le droit français substantiel soit applicable en tant que loi du for,

la mobilisation de l'article 1174 du Code civil aurait-elle été avisée ? Certes, l'idée peut être avancée que la banque s'obligeait à saisir les tribunaux luxembourgeois uniquement si elle en avait envie : autant dire qu'elle ne s'obligeait pas à le faire. Mais la clause ne prévoyait pas que cela : elle prévoyait aussi que la banque pouvait saisir d'autres juridictions et justifiait alors la compétence du tribunal qu'elle saisirait, au détriment des autres tribunaux. Autrement dit, l'article 1174 du Code civil, conçu pour régir une modalité d'une obligation civile, n'est pas vraiment taillé pour gouverner une clause dont l'objet et l'effet sont avant tout d'ordre juridictionnel²⁶. Moins connoté, l'adjectif « discrétionnaire », employé par les juges du fond, paraît finalement plus exact et plus expressif²⁷ : c'est la totale liberté que se serait arrogée, selon les magistrats français²⁸, la banque Rothschild dans l'attribution de la compétence qui suscite leur courroux.

Dès lors, au-delà de la terminologie employée, c'est l'interprétation de la clause, par les juges du fond, qui semble constituer le nœud de l'affaire : pour eux, dire que la banque se réserve « le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède » signifie que le choix du for est abandonné à la « discrétion » de la banque²⁹, « ce qui s'entend donc d'une juridiction de n'importe quel pays, États membres de l'Union ou État tiers » et constitue « un large choix discrétionnaire »³⁰. Ce faisant, les magistrats français semblent emprunter un sérieux raccourci. Il y a, tout de même, une nette différence entre une clause à option illimitée stipulant que « [...] l'acheteur accepte [...] tout Tribunal – en Angleterre ou ailleurs – que le vendeur pourra désigner pour la solution de tout différend découlant du présent contrat »³¹ et la clause litigieuse. Dans le premier cas, la compétence conférée à la juridiction saisie par le bénéficiaire de la clause ne trouve son fondement que dans la volonté de celui-ci, qui jouit en somme d'un blanc-seing : la volonté du bénéficiaire accède alors à une puissance (*potestas*) absolue et ambitionne

21. N. Coipel-Cordonnier, *Les Conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999 : la *lex fori* s'applique à la licéité de la clause (sous forme d'une règle matérielle en droit international privé français : Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 1985, *Compagnie des Signaux*), à la portée de son effet juridictionnel (l'effet dérogatoire, l'impact sur les compétences dérivées, par exemple) et aussi à son « admissibilité » (n° 51), c'est-à-dire que la *lex fori* définit l'ensemble des conditions requises par la dimension juridictionnelle de la clause, qui ont pour objectif soit d'interdire ou de limiter l'effet juridictionnel de la clause, soit de le favoriser (n° 55). Relèvent ainsi de la *lex fori* l'exigence d'un for clairement déterminé ou au moins déterminable (n° 59) ou l'exigence que la clause soit conclue après la survenance du litige (n° 61). Pour une illustration de l'étendue de la compétence de la *lex fori*, incarnée en l'espèce par l'article 23 du règlement Bruxelles I : Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 2007, n° 05-17.741, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 647, note B. Ancel, *Gaz. Pal.* 2007, n° 119-123, p. 27, note M.-L. Niboyet : est « valable » la clause qui permet d'assigner un non-commerçant devant le Tribunal de commerce de Paris.
22. Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 343, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 340, note H. Gaudemet-Tallon : la loi du contrat est applicable aux conditions de forme de la clause attributive de compétence. V. également, Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2001, n° 98-21.591, *RTD com* 2001, p. 1063, note P. Delebecque : la détermination des « effets du connaissance », contenant la clause attributive, à l'égard du destinataire des marchandises dépend de la loi du contrat de transport.
23. V. D. Bureau, note sous Cass. com. 21 février 2012, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 630 et s., spéc. n° 2.
24. V. article 25 du règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) en date du 12 décembre 2012, JOUE, 20 décembre 2012, L. 351/1 : « si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quand au fond selon le droit de cet État membre [...] ».
25. V. considérant 20 du règlement (UE) n° 1215/2012 : « Lorsque la question se pose de savoir si un accord d'élection de for en faveur d'une ou des juridictions d'un État membre est entaché de nullité quant à sa validité au fond, cette question devrait être tranchée conformément au droit de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord, y compris conformément aux règles de conflit de lois de cet État membre ».

26. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771, note 73 : « [...] une clause attributive de compétence a, lorsqu'elle est valable, pour effet de rendre compétente la juridiction désignée par les parties et incompétente la juridiction à laquelle la loi confie normalement la connaissance du litige. C'est en vain qu'on voudrait ramener ce type d'effets à un rapport d'obligation, en disant par exemple que chaque partie à la convention d'arbitrage ou de compétence a l'obligation envers l'autre de porter sa demande devant la juridiction choisie, ou de ne pas contester la compétence de cette juridiction lorsqu'elle a été choisie par son cocontractant. Si l'une des parties saisit une juridiction autre que celle désignée par le contrat, la conséquence juridique n'apparaîtra pas sous la forme d'une sanction de l'inexécution d'une obligation : le tribunal se contentera de se déclarer incompétent et ce serait une vision fort réductrice que d'analyser cette décision d'incompétence comme une exécution forcée de l'obligation de ne pas agir devant ce tribunal! ».
- En ce sens, CA Paris 28 octobre 2010 (n° 10/12534), qui juge que « la contredisante ne peut davantage être suivie lorsqu'elle invoque la nullité de la clause attributive de compétence comme présentant un caractère purement potestatif en vertu de l'article 1174 du Code civil, alors qu'il ne s'agit nullement d'une obligation conditionnelle ».
27. A. Benabent, « Le discrétionnaire », *Études Malinvaud, Litec*, 2007, p. 12 et s. : « le qualificatif "discrétionnaire", attribué à des droits ou à des pouvoirs », « c'est un exercice dispensé de tout motif et de tout contrôle ».
28. V. *infra* I.B.
29. CA Paris 18 octobre 2011, précité.
30. TGI Paris, ord. JME, 18 janvier 2011, précitée.
31. CA Paris 5 juillet 1989, précité. V. aussi CA Aix-en-Provence 11 oct. 2007, n° 2007/389 et 07/1566 : « à son entière convenance et dans son intérêt exclusif », considérée comme potestative.

de s'imposer à tout tribunal étatique sur la surface du globe. Dans le cas d'une clause qui borne le choix du tribunal compétent par les règles de compétence objectives, le bénéficiaire ne fait que se soumettre à un tribunal compétent, tout en éludant la compétence des autres tribunaux également compétents. Aussi, enchâssé dans les compétences offertes par le règlement Bruxelles I, le choix du bénéficiaire de l'option était-il en réalité un choix fermé. En pratique, le choix de la banque Rothschild était limité entre, d'une part, la juridiction espagnole du domicile du défendeur, version restrictive du chef de compétence générale ouvert, par principe, à l'article 2 du Règlement, et, d'autre part, le tribunal luxembourgeois du lieu où doivent être fournis les services³². La banque, si elle avait été demanderesse, n'aurait donc eu qu'une seule option supplémentaire par rapport à la cliente, en pouvant porter l'action devant la juridiction espagnole dans le ressort de laquelle se trouvait le domicile de celle-ci... qui n'aurait sans doute pas eu motif à s'en plaindre.

Mais sans doute est-ce la possibilité théorique pour la banque de choisir un tribunal d'un État tiers qui a semblé effrayante et excessive. Cette éventualité, on l'a vu, a été envisagée par les juges du fond et, devant la Cour de cassation, on en trouve l'écho dans le rapport de Mme le Conseiller Monéger. Peut-être a-t-on craint que la banque n'exploite quelque règle de compétence exorbitante issue du droit d'un État tiers ? À tout le moins, l'indétermination des règles de compétence objectives concernées a nui à la clause. Les débats devant les juges du fond, où l'on a sans doute recherché la commune intention des parties, n'ont pas permis de dissiper ces craintes. En tout cas, la Cour de cassation, devant laquelle ce débat ne pouvait plus avoir lieu, a refusé de considérer qu'il y avait eu dénaturation de la clause et n'a pas remis en cause la lecture qu'en avaient faite les juges du fond.

Enfin, perçue comme discrétionnaire ou potestative, la clause litigieuse a été écartée dans son intégralité et considérée comme non écrite. La Cour de cassation a refusé de faire droit à la suggestion de la banque qui proposait que la partie « saine » de la clause conférant compétence « au tribunal de Luxembourg » soit maintenue³³. Il est vraisemblable que, pour les juges français, les deux branches de la clause formaient un tout indissociable et que le vice de l'une devait entraîner l'anéantissement de l'autre. En revanche, et bien que cela n'ait pas été discuté dans la présente affaire, le choix de la loi applicable, qui figurait dans la même stipulation, n'est probablement pas à remettre en cause.

II. LES CLAUSES SIMPLEMENT DISSOCIATIVES

On peut appeler « simplement dissociatives » des clauses qui, sans être discrétionnaires, placent les deux parties au litige à venir dans des positions différentes quant au choix du juge compétent. Ces clauses peuvent être de deux types :

- type 1 : clause impérative et sans option pour l'une des parties, mais à option (limitée) pour l'autre ;
- type 2 : clause impérative et sans option pour l'une des parties, l'autre restant soumise aux règles de compétence ordinaires (et jouissant donc des compétences optionnelles que ces règles peuvent offrir).

De telles clauses semblent soudainement menacées, hors même du domaine du droit de la consommation³⁴. En effet, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation insiste sur le fait que la clause de juridiction ne liait qu'une seule des deux parties : « Mme X... était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois ». À ne retenir que cet extrait de l'arrêt, en occultant le fait que la clause avait aussi – et surtout – été perçue comme plaçant la compétence juridictionnelle entièrement à la merci de la banque, les clauses qui traitent différemment les deux parties, seraient condamnables, qu'elles relèvent du type 2 ou même du type 1. Il convient donc d'éprouver la solidité des clauses simplement dissociatives au regard du droit des conflits de juridictions (1.) et du principe de l'égalité des armes (2.).

1. Au regard du droit des conflits de juridictions

Les clauses de juridiction stipulées « en faveur » d'une seule partie étaient admises expressément par la Convention de Bruxelles et laissaient à la partie favorisée le droit de saisir « tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention »³⁵. De telles clauses sont, d'après la Cour de justice, celles qui font ressortir clairement « la volonté commune d'avantager l'une des parties » et tel est le cas, notamment, des clauses « qui, tout en précisant devant quels tribunaux chacune des parties doit attirer l'autre, donnent à l'une d'elles un plus grand choix de juridictions »³⁶. Dans l'affaire Rothschild, la clause litigieuse n'était en fait qu'une version légèrement – mais, on l'a vu, fatalement – tronquée de l'article 17, al. 5 de la Convention. Or, rien n'indique que le règlement Bruxelles I ait voulu interdire les clauses dissociatives qui avantagent l'une des parties. Au contraire, leur licéité se trouve admise de manière implicite dans son article 23, qui énonce plus généralement : « Cette compétence [conférée par la clause] est exclusive, sauf convention

32. Règl. Bruxelles I, art. 5, 1, b).

33. Rapp. A. Huet, obs. précitées sous CA Paris, 5 juillet 1985, considérant que, lorsque la partie désavantagée est demanderesse, la partie de la clause offrant une option illimitée à son adversaire lorsqu'il est demandeur est « purement et simplement inapplicable ».

34. Entre professionnels et consommateurs, le droit européen des clauses abusives peut conduire à réputer non écrites de telles clauses si elles ont pour objet de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur » (directive 93/13/CEE, Annexe, 1, q). Cette voie aurait d'ailleurs pu être explorée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté.

35. Convention de Bruxelles, art. 17, al. 5. V. aussi Convention de Lugano I, art. 17.4.

36. CJCE 24 juin 1986, aff. 22/85, Anterist, § 14 et 15.

contraire des parties »³⁷. Les parties peuvent donc moduler l'effet juridictionnel de la clause et, notamment, le rendre impératif pour l'une d'elles et facultatif pour l'autre³⁸. Cette lecture est confortée par la place faite à l'autonomie des parties par le règlement Bruxelles I. En effet, en dehors des contrats conclus avec des « parties faibles » protégées par le Règlement, « l'autonomie des parties [...] doit être respectée sous réserve des for de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement »³⁹. Sous cette seule réserve, dès lors que les parties conviennent d'une clause de juridiction dissociative, mais non discrétionnaire, le règlement Bruxelles I lui laisse produire ses effets. Dans l'affaire Rothschild, la cour d'appel de Paris en convient d'ailleurs sans difficulté : selon elle, « l'article 23 [du Règlement] ne remet pas en cause le principe de l'article 17 de la Convention de Bruxelles selon lequel « si une clause attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention » »⁴⁰.

En outre, il n'est pas rare que les règles objectives du règlement Bruxelles I placent les parties dans des positions différentes quant au choix des tribunaux compétents. Ainsi, dans un contentieux relatif à une fourniture de services, quand le service doit être fourni au domicile du prestataire, son cocontractant, quand il est demandeur, ne peut agir que dans l'État membre du domicile du prestataire en vertu de la règle de principe⁴¹, la règle propre à la matière contractuelle ne désignant pas le tribunal d'un État membre autre que celui du défendeur⁴². Au contraire, sur la base de cette même règle propre à la matière contractuelle, le prestataire se voit offrir le choix d'agir dans son pays, tout en gardant la possibilité d'agir dans l'État membre où est domicilié son adversaire, sur le fondement de la règle de principe⁴³. Une autre disparité s'observe lorsqu'une contestation surgit à propos de l'explo-

tation d'une succursale d'une des parties, succursale située hors de l'État membre du domicile de la maison mère. En pareil cas, l'adversaire peut saisir soit les tribunaux de l'État membre du domicile de la maison mère, soit le tribunal dans le ressort duquel se trouve la succursale⁴⁴. En revanche, la maison mère, elle-même, n'est pas autorisée à se prévaloir de ce chef de compétence⁴⁵. Enfin, des clauses attributives de juridiction à l'avantage d'une seule des parties sont aussi expressément admises par le règlement Bruxelles I lui-même. En effet, les articles 13 § 2 en matière d'assurance, 17 § 2 pour les contrats conclus entre professionnels et consommateurs et 21 § 2 pour les contrats de travail, autorisent les clauses stipulées antérieurement à la naissance d'un différend, lorsqu'elles offrent à la partie dite faible (assuré, consommateur ou salarié) la possibilité de saisir des tribunaux supplémentaires par rapport à ceux prévus par le Règlement pour ces contentieux.

Quant au droit commun français, il admet depuis longtemps les clauses dissociatives, à condition que leur degré de précision rende au moins déterminables les juridictions compétentes. Valables, de telles clauses peuvent faire l'objet d'une renonciation par la partie qui en bénéficie – solution bien ancrée en France et recopiée par la Convention de Bruxelles. Ainsi en 1966, la Cour de cassation, observant que, d'après les juges d'appel, « il résultait de la commune intention des parties que la clause susvisée avait été stipulée dans l'intérêt » de l'une des parties, jugeait que « le bénéficiaire d'une clause attributive de compétence est libre d'y renoncer et de revenir aux règles du droit commun en assignant la défenderesse devant le tribunal de son domicile »⁴⁶.

Dès lors, il apparaît que le droit des conflits de juridictions, français ou de l'Union européenne, peut parfaitement admettre que les parties à un litige ne jouissent pas de la même latitude quant au choix du juge compétent.

2. Au regard du principe de l'égalité des armes

Une clause qui place les parties dans des situations différentes face à la compétence juridictionnelle ne porte-t-elle pas atteinte à l'égalité entre les parties au contrat ? En 1999, la Cour de cassation ne l'avait pas pensé⁴⁷. Pourtant, sur le plan des droits fondamentaux, on pourrait se demander si le droit des conflits de juridictions ne met pas en péril le principe de l'égalité des armes⁴⁸ chaque fois qu'il autorise une modulation volontaire (mais non discrétionnaire⁴⁹) des

37. Règl. Bruxelles I, art. 23.1 ; Conv. de Lugano II, art. 23.1. V. D. Alexandre et A. Huet, Rép. comm. Dalloz, « Compétence, reconnaissance et exécution (matière civile et commerciale) », 2010, n° 240. Sur l'élargissement que constitue cette nouvelle disposition par rapport à la formulation présente originellement dans la Convention de Bruxelles et de Lugano I, V. F. Pocar, « Rapport explicatif sur la Convention de Lugano II », JOUE, 23 déc. 2009, C 319, p. 28, n° 106. Cette nouvelle rédaction, qui exige une convention contraire des parties, a notamment permis de mettre un terme à une jurisprudence complexe sur la question de savoir au bénéfice de quelle partie la clause avait été conclue, lorsque cette précision ne figurait pas expressément dans la clause.

38. U. Magnus, P. Mankowski (dir.), op. cit., p. 504, n° 148 : « [...] such clauses are admissible under the Regulation » et n° 149 : « Under Art. 23 (1) of the Regulation the parties are perfectly free to exclude the presumed exclusive effect of their jurisdiction agreement for the benefit of one party so that only this party can invoke the agreed jurisdiction whereas the other party is bound to sue in the otherwise competent court(s) or that the favoured party may sue at its option in the chosen or in the ordinary courts while the other party can sue only in the agreed court (at the other party's seat) ».

39. Règl. Bruxelles I, considérant 14. Dans le même sens, règlement (UE) n° 1215/2012, préc., considérant 19.

40. CA Paris 18 octobre 2011, précité. V. déjà CA Paris 28 octobre 2010, précité, au sujet d'une clause, de type 1, stipulée ainsi : « tout différend pouvant subvenir entre les parties sera soumi[s] exclusivement au tribunal compétent de Vicenza. Sans préjudice de ce qui précède, le vendeur pourra introduire un recours devant les juridictions du domicile de l'acheteur ».

41. Règl. Bruxelles I, art. 2.

42. Règl. Bruxelles I, art. 5.1, b).

43. Dans l'affaire Rothschild, s'il n'y avait pas eu d'élection de for, la banque aurait sans doute eu le choix d'agir soit au Luxembourg, soit en Espagne, la cliente, elle, ne jouissant pas de cette dernière option.

44. Règl. Bruxelles I, art. 5.5.

45. U. Magnus, P. Mankowski (dir.), op. cit., art. 5, n° 271, p. 277. Dans l'affaire Rothschild, hors élection de for, la cliente aurait peut-être pu, sur ce fondement, assigner la banque à Paris mais l'inverse n'aurait pas été envisageable.

46. Cass. 2^e civ., 15 juin 1966, D. 1967, p. 84, Gaz. Pal. 1966. 2. 184.

47. Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1999, précité, à propos d'une clause impérative pour le distributeur et facultative pour le fournisseur.

48. Convention EDH, art. 6, § 1 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47, al. 1.

49. Une clause vraiment discrétionnaire, déjà réprochée par le droit international

compétences selon le litigant concerné. La question, avec un brin de provocation, pourrait s'élever aussi à propos des règles objectives qui, on l'a vu, conduisent parfois à un double traitement des litigants sur le plan de la compétence juridictionnelle.

Il serait pourtant simpliste de croire que l'égalité des armes oblige à respecter une symétrie parfaite dans les rapports qu'entretient chaque partie avec la compétence juridictionnelle. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), l'égalité des armes « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁵⁰. Or, dans le contentieux international, chaque partie court naturellement le risque de devoir plaider hors de chez soi et, souvent, dans le pays de l'autre. On imagine mal que l'égalité des armes en vienne à commander la compétence du tribunal d'un pays tiers situé, quelque part sur la planète, à égale distance des deux parties... Aussi, selon la CEDH, l'appréciation de ce « net désavantage » doit-elle être menée *in concreto* par les autorités nationales et en considérant tout le processus judiciaire (langue du procès, règles de preuve et d'exécution, notamment) et non seulement les aspects purement géographiques.

Si la palette des juges compétents n'est pas la même pour les deux parties, mais que cette disparité se fonde sur des éléments objectifs (notamment sur un lien étroit avec les éléments matériels du litige), un « net désavantage » ne paraît pas pouvoir être caractérisé⁵¹.

Une clause attributive de juridiction qui ne ferait que reprendre ou réorganiser cette distribution objective des compétences devrait aussi se trouver à l'abri d'une contestation. Les autres clauses dissociatives méritent, à chaque fois, d'être examinées de plus près et dans le contexte de chaque espèce, notamment en tenant compte de l'aide juridictionnelle dont peut bénéficier la partie *a priori* désavantagée⁵². Par exemple, si en l'espèce, le contrat litigieux avait contenu une clause imposant à la seule cliente de saisir les juridictions d'un pays qui ne soit ni le Luxembourg ni l'Espagne, on peut penser que l'atteinte à l'égalité des armes ne serait pas caractérisée si ce pays était la France ou la Belgique. En revanche, la désignation de tribunaux anglais, bulgares ou *a fortiori* néo-zélandais pourrait prêter davantage le flanc à la critique, encore qu'à des degrés différents, qu'il conviendrait de mesurer dans chaque litige. Il est certain aussi que, lorsqu'une clause attributive de juridiction a pour effet, en pratique, de barrer à l'une des parties l'accès à tout tribunal, elle contrevient au droit à un procès équitable.

En somme, pour caractériser une atteinte au principe de l'égalité des armes, il faut bien plus qu'une dissociation, volontaire ou objective, des contractants au regard des tribunaux étatiques qu'ils peuvent saisir.

Reste à déterminer si la refonte du règlement Bruxelles I fera évoluer ce débat⁵³. ■

privé (V. *infra* I.B.), le serait tout autant au nom de l'égalité des armes, dans la mesure où elle jette l'une des parties dans la plus complète incertitude quant au tribunal compétent et la met à la merci de l'autre. Rapp. CEDH 22 juin 2000, *Coeme c/ Belgique*, § 103, où l'incertitude des modalités d'une procédure spéciale est jugée porter atteinte à l'égalité des armes, puisque les prévenus se trouvaient de ce fait en net désavantage vis-à-vis du ministère public.

50. V. pour des litiges de droit privé, CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Veer BV c/ Pays-Bas*, série A n° 274, § 33. *Adde* CEDH 23 octobre 1996, Req. n° 61/1995/567/653, *Ankerl c/ Suisse*, § 38.

51. De façon générale, la CEDH reconnaît aux États une certaine marge d'appréciation dans la définition de la compétence juridictionnelle, pourvu que les limitations au droit d'accès à un tribunal que cela entraîne soient soutenues par un but légitime

et respectent un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens poursuivis et le but visé (V. CEDH 29 juin 2011, Req. n° 34869/05, *Sabeh El Leil c/ France*, § 47). Les compétences exorbitantes sont plus suspectes au regard des droits fondamentaux mais la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité posée à propos de l'article 14 du Code civil, au motif que cet article « ne peut être regardé comme portant atteinte au principe d'égalité et au droit au procès équitable, de sorte que la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux principes constitutionnellement garantis invoqués » (Cass. 1^{re} civ., 29 février 2012, n° 11-40.101).

52. Dir. 2002/8/CE, 27 janvier 2003, visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans de telles affaires. *Adde* Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47, al. 3.

53. Règlement (UE) n° 1215/2012, préc. v. *infra* I.B.