

duisent incontestablement par un important recul de la protection des droits fondamentaux des personnes et la disparition progressive du secret bancaire¹⁵. Cette décision est toutefois loin de répondre à toutes les interrogations que peuvent susciter les révélations des données de leurs clients au nom de l'intérêt général. En effet, on rappellera que l'article 8 § 2 admet l'ingérence lorsqu'elle est le fait d'une autorité publique, ce qui était le cas en l'espèce. Mais ce sont en pratique bien souvent les établissements bancaires eux-mêmes qui doivent déclarer, voire dénoncer, les pratiques sus-

pectes et par conséquent les données personnelles de leurs clients. Or les banques ne sauraient être assimilées à des autorités publiques. Peut-on, dans ces conditions, considérer que les atteintes directement portées par des établissements privés au droit fondamental au respect de la vie privée peuvent être qualifiées de légitimes au regard de l'article 8 § 2 de la Convention ? La question ne s'est semble-t-il encore jamais posée mais pourrait soulever de redoutables difficultés. S'il n'est pas douteux que la lutte contre les circuits d'argent sale constitue une nécessité, les moyens mis en œuvre pour y parvenir et les entorses aux droits fondamentaux qu'ils comportent devraient sans doute être mieux pris en compte. ■

15. T. Baums, Th. Bonneau et A. Prüm, article précité.

Clauses asymétriques de juridiction – Option unilatérale – Règlement CE n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I).

Cass. 1re civ., 7 oct. 2015, n° 14-16898, Sté eBizcuss c/ Sté Apple, FS-PB.

Et de trois ! La Première chambre civile de la Cour de cassation a rendu son troisième arrêt sur la validité des clauses de juridiction offrant une option unilatérale, dites également clauses asymétriques. Les deux arrêts précédents avaient créé une incertitude juridique préjudiciable à l'attractivité du droit français. En soulevant des questions qui n'ont pas lieu d'être sur la potestativité et en décelant un changement de politique législative dans le passage de la Convention de Bruxelles de 1968 au Règlement de Bruxelles I, la sanction inattendue de la Cour de cassation a soulevé un véritable raz-de-marée qui a distingué – négativement – la France du courant majoritaire donnant effet aux conventions librement convenues entre professionnels en matière internationale. Le nouvel arrêt du 7 octobre 2015 semble amorcer une approche plus objective en harmonie avec les impératifs du commerce international. Cette chronique retracera brièvement l'évolution jurisprudentielle française et internationale sur les clauses asymétriques de juridiction après avoir rappelé leur utilité économique.

Commentaire de Georges Affaki¹

1. Les clauses asymétriques – pourquoi ? Les clauses d'option unilatérales de juridiction sont des clauses qui placent les parties dans des situations différentes en imposant à l'une d'elles de saisir une juridiction désignée, tout en accordant à l'autre le choix entre plusieurs juridictions généralement compétentes au titre d'un critère de rattachement objectif. Une asymétrie procédurale est alors

convenue par les co-contractants. Par exemple, la clause attributive de juridiction dans l'affaire étudiée imposait au revendeur, la société eBizcuss, d'agir devant les juridictions irlandaises, siège du fournisseur, la société Apple Sales International, alors qu'était offerte à cette dernière, de manière optionnelle, la faculté de saisir les juridictions dans le ressort desquelles se trouve le siège du revendeur ou de tout pays où le fournisseur subirait un préjudice².

2. Loin d'exprimer systématiquement l'arbitraire d'une partie dominante, ces clauses présentent des avantages bien réels. En premier lieu, elles permettent au bénéficiaire de l'option d'identifier à l'avance la juridiction devant laquelle sa responsabilité sera engagée. Cela lui garantit donc une prévisibilité tant géographique que juridique en étant en mesure d'anticiper les issues de potentiels conflits et ainsi de mieux évaluer ses risques juridiques. En second lieu, le bénéficiaire de l'option se préserve un atout en s'offrant une liberté de choix du for dans l'hypothèse où il engagerait la responsabilité de son cocontractant. Dès lors qu'il peut attendre que le conflit soit né pour choisir le for, il sera en mesure de choisir la juridiction la plus adéquate en fonction de la nature du conflit et des précédents jurisprudentiels pertinents. En matière bancaire par exemple, ces clauses diminuent le risque juridique du prêteur et favorisent ainsi l'octroi de crédit tout en réduisant son coût pour l'emprunteur.

3. Les clauses asymétriques de juridiction sont largement répandues dans les contrats internationaux. Dans les opérations de banque, on vient à les rencontrer dans les contrats de prêt, les émissions d'obligations ou encore les contrats de swaps. On les rencontre également dans les opérations de rachat de sociétés, les contrats de dis-

2. Traduction de l'original anglais : « This Agreement and the corresponding relationship between the parties shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ireland and the parties shall submit to the jurisdiction of the courts of the Republic of Ireland. Apple reserves the right to institute proceedings against Reseller in the courts having jurisdiction in the place where Reseller has its seat or in any jurisdiction where a harm to Apple is occurring. »

1. Avec la collaboration de Mounia Mikou, élève avocat EFB.

tribution et les connaissances maritimes. La rédaction de ces clauses est d'ailleurs venue à être standardisée dans de nombreuses conditions générales de marché, comme dans les modèles de contrats de crédit syndiqués publiés par la Loan Market Association.

4. Les clauses asymétriques de juridiction constituent une sous-catégorie parmi les clauses de juridiction non exclusives prévues par l'article 23 du Règlement Bruxelles I. Cet article, localisé dans la section 7 relative à la prorogation de compétence, offre aux parties la possibilité de déterminer conventionnellement la compétence de juridictions tout en précisant que cette compétence est « exclusive sauf convention contraire des parties ». La conclusion nécessaire de cette rédaction est que le Règlement offre la possibilité aux parties de stipuler des clauses de juridictions non exclusives, c'est-à-dire des clauses prévoyant la compétence alternative de plusieurs juridictions. Parmi les clauses de juridiction non exclusives, l'on distingue les clauses d'option bilatérale des clauses unilatérales : les clauses de juridictions non exclusives bilatérales stipulent que plusieurs juridictions peuvent être saisies par toutes les parties au contrat au choix de la partie qui prend l'initiative, alors que les clauses unilatérales n'ouvrent le choix de juridiction qu'à l'une des parties, créant ainsi une asymétrie entre les droits des parties au contrat.

Évolution jurisprudentielle : d'une validation qui va de soi...

5. **La jurisprudence française.** Jusqu'en 2012, la jurisprudence française admettait sans difficulté la validité des clauses asymétriques de juridiction. Cette validation de principe reposait classiquement sur l'autonomie de la volonté³. Ainsi, dans un arrêt de la deuxième chambre civile rendu en 1966, la clause attributive de juridiction accordait compétence exclusive aux tribunaux de Bruxelles. Or, dans la mesure où seule l'une des parties était domiciliée à Bruxelles tandis que l'autre l'était à Paris, la cour d'appel en a déduit que les parties avaient la commune intention d'avantager la première, sans pour autant remettre en cause l'accord des parties. Pourtant, au stade de sa mise en œuvre, la société à l'avantage de laquelle la clause a été stipulée a décidé d'y renoncer et de saisir le tribunal de commerce de Seine, lequel s'est reconnu compétent. La cour d'appel a retenu 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 ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en précisant que la cour d'appel a souverainement interprété la clause sans la dénaturer. Or, pour qu'une partie puisse renoncer valablement à son droit, encore faut-il qu'il existât. La cour d'appel n'en doute pas et accorde en outre au bénéficiaire de la clause la liberté d'y renoncer.

6. **La jurisprudence européenne.** Donnant effet au principe de l'autonomie de la volonté reconnu à l'article 17 de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice des

communautés européennes⁴ a jugé qu'il fallait « respecter la volonté commune des parties lors de la conclusion du contrat » dès lors qu'elle « ressort clairement, soit des termes de la clause, soit de l'ensemble des indices relevés dans le contrat ou des circonstances qui ont entouré la conclusion de celui-ci » (motif 14). Elle précise alors que « sont considérées comme des clauses dont les termes font ressortir qu'elles ont été stipulées à l'avantage exclusif d'une des parties celles qui indiquent expressément la partie en faveur de laquelle elles l'ont été et celles 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 » (motif 16).

...à un coup d'arrêt inattendu.

7. **La jurisprudence internationale.** L'usage fréquent des clauses asymétriques de juridiction n'a pas empêché leur censure par certains tribunaux, sur le fondement de principes généraux. La remise en cause des clauses asymétriques a commencé en 2011 en Bulgarie⁵. En l'espèce, un contrat de prêt entre deux personnes physiques prévoyait le règlement amiable des conflits tout en offrant au prêteur, en cas d'échec de la conciliation, la possibilité de saisir un tribunal arbitral ou la Cour régionale de Sofia. Le prêteur a saisi et obtenu une décision de la Cour arbitrale de la Chambre de commerce bulgare condamnant les emprunteurs. Ces derniers ont demandé la nullité de la sentence. La Cour suprême bulgare a jugé nulle la clause accordant au prêteur le pouvoir unilatéral de choisir entre les juridictions étatiques et l'arbitrage dans la mesure où elle octroie à une partie, selon la Cour, un droit potestatif, ce qui est interdit en droit bulgare puisque seul un acte du parlement en a le pouvoir.

8. Un an après, la Cour suprême d'Arbitrazh de la Fédération de Russie⁶ a surpris le marché en jugeant les clauses asymétriques de juridiction contraires au principe d'égalité des droits procéduraux. En l'espèce, les parties à un contrat de distribution avaient convenu d'une clause d'arbitrage tout en permettant au fournisseur étranger de saisir tout tribunal judiciaire compétent pour obtenir le recouvrement des montants dus pour la livraison des produits. Cette clause, on le sait, est typique des contrats internationaux avec la Russie dans tous les secteurs économiques. La Cour suprême d'Arbitrazh a jugé que si la clause attributive de juridiction ne permettait qu'à l'une des parties d'introduire une action auprès des cours russes, elle contredisait le principe en vertu duquel les parties doivent jouir des mêmes opportunités procédurales pour défendre leurs droits et intérêts légitimes. Annulant la clause dans sa totalité plutôt que seulement l'option unilatérale, la Cour priva le fournisseur du bénéfice de l'arbitrage et le laissa avec pour seul choix la perspective peu attrayante des tribunaux locaux au titre de la règle de compétence par défaut.

4. CJCE 24 juin 1986, R. Anterist, aff. 22/85

5. Cour suprême bulgare 2 septembre 2011, n° 71 dans l'affaire commerciale 1193/2010.

6. Cour suprême d'Arbitrazh de la Fédération de Russie 19 juin 2012, CJSC Russian Telephone Company c/ Sony Ericsson Mobil Communications Rus LLC, n° A40-49223/11-112-401.

3. Voir, entre autres arrêts, Civ 2^e, 15 juin 1966, Bull. civ. II, n° 680.

9. La propagation du phénomène à la France. Par deux fois, la première chambre civile a remis en cause la validité des clauses attributives de juridiction asymétriques, créant ainsi une incertitude juridique aussi inattendue que préjudiciable.

10. Acte I : l'arrêt *Rothschild*. En l'espèce⁷, un particulier a déposé 1 700 000 euros sur un compte ouvert auprès de la société banque privée Edmond de Rothschild Europe, dont le siège est au Luxembourg, par l'intermédiaire de la société compagnie financière Edmond de Rothschild, sise à Paris. Suite à une baisse de la performance des placements, le déposant a assigné la banque et la société financière en paiement de dommages-intérêts devant le tribunal de grande instance de Paris. Les banques invoquent alors la clause attributive de juridiction désignant les juridictions luxembourgeoises. La clause litigieuse était ainsi rédigée : « 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 d'élection de juridiction qui précède. » Par un arrêt du 18 octobre 2011⁸, la cour d'appel de Paris a jugé non écrite la clause litigieuse au motif que l'article 23 du Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) n'autorise pas à « abandonner à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion », reprochant ainsi le « très large choix discrétionnaire » laissé à la banque. Cette dernière s'est alors pourvue en cassation, faisant grief à la cour d'appel d'avoir rejeté l'exception d'incompétence. L'argument de la banque reposait sur la conformité de la clause aux objectifs de prévisibilité du Règlement en ce que la clause ne confère pas une faculté discrétionnaire de saisir une juridiction quelconque, mais limite le choix aux seules juridictions du domicile du client et aux juridictions compétentes en vertu du Règlement. Son pourvoi a également été rejeté par la Cour de cassation au motif que la clause attributive de compétence « revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque ».

11. Cet arrêt n'a pas manqué de surprendre et a été justement critiqué, notamment pour sa référence malencontreuse à la potestativité. En effet, l'article 1147 du Code civil relatif à une modalité de l'obligation civile n'a pas vocation à s'appliquer à une clause d'ordre juridictionnelle, d'autant plus que cette dernière ne crée pas un rapport d'obligation entre un débiteur et un créancier⁹. La justification de cet arrêt est peut-être davantage à rechercher dans une politique consumériste visant à protéger une partie considérée comme faible (le dépo-

sant personne physique)¹⁰, encore que le montant du dépôt met la transaction dans le monde de la gestion de fortune plutôt que celui de la banque de détail. Quant au choix « discrétionnaire » – entendez avec un risque d'arbitraire – que la Cour reproche à la banque de s'être arrogée, on le cherchera en vain dans les termes de la clause. En effet, lorsque la seule juridiction compétente au titre des règles de compétence spéciales du Règlement est celle du lieu de l'exécution du contrat, déjà désignée spécifiquement dans la clause, peut-on imaginer des prétentions contra legem d'attirer le déposant devant des juridictions tierces dans une manœuvre vexatoire et destinée à l'échec ?

12. Interlude d'hésitations jurisprudentielles. Suite à l'arrêt *Rothschild*, les juridictions de première instance et d'appel ont rendu des décisions contradictoires aggravant l'insécurité résultante. Deux clauses asymétriques ont ainsi été validées. La première, insérée dans des connaissements maritimes, a été validée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence¹¹. Cette clause stipulait : « Tout contentieux qui pourrait survenir à l'occasion du transport sous ce connaissement incluant les tiers au contrat ou ceux impliquant plusieurs défendeurs sera soumis au droit belge et à la compétence du Tribunal d'Anvers. Le transporteur pourra engager toute action à l'encontre du "Merchant" à Anvers selon la loi belge ou devant toute autre juridiction au sein de laquelle le "Merchant" dispose de biens et/ou domicile. » N'y caractérisant pas de caractère potestatif « dès lors que son application n'est pas laissée à la seule discrétion de la société Orca Lines », la cour d'appel a validé cette clause. La seconde clause à avoir été validée était contenue dans un contrat de distribution. Elle était ainsi rédigée : « Les deux parties s'en remettent à la compétence exclusive des Tribunaux d'Irlande du Nord en cas de litige survenant entre les parties contractantes, sous réserve de la faculté pour le Fournisseur de saisir la juridiction d'un autre pays. » Le tribunal de commerce de Paris¹² a admis la validité de cette clause au motif que la contrariété à l'article 23 du Règlement 44/2001 n'était pas établie.

13. À l'inverse, la cour d'appel de Montpellier, dans son arrêt du 25 mars 2014 (n° 13/05895) a jugé non écrite la clause suivante :

« Juridiction : pour le bénéfice exclusif de la Banque, les parties à ce contrat acceptent irrévocablement que les cours d'Angleterre aient juridiction pour régler tout litige qui pourrait découler directement ou indirectement de ce contrat et que toute action pourra être intentée devant ces cours ;

Juridictions alternatives : rien de ce qui est contenu dans la clause 21 ne limitera le droit de la banque d'entamer une procédure à l'encontre de l'emprunteur devant toute autre Cour ou juridiction compétente et le commencement de toute procédure à l'encontre de l'emprunteur devant une ou plusieurs juridictions n'exclura pas le commencement actuel ou non de toute autre procédure devant

7. Cass. 1re civ., 26 septembre 2012, n° 11-26.022 : Dominique Bureau, « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes », *Revue critique de droit international privé* 2013, p. 256 ; Marie-Elodie Ancel, Léa Marion et Laurence Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques à propos de Cass. 1re Civ., 26 septembre 2012 », *Banque et Droit* n° 148, mars-avril 2013, p. 3.

8. Paris, pôle 1, chambre 3, 18 octobre 2011, RG n° 11/03572.

9. Dominique Bureau, « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes », *Revue critique de droit international privé* 2013, p. 256 ; Marie-Elodie Ancel, Léa Marion, Laurence Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques à propos de Cass 1re Civ., 26 septembre 2012 », *Banque et Droit* n° 148, mars-avril 2013, p. 3.

10. Cette analyse est partagée par M. Jean-Paul Béraudo qui propose un parallèle entre cette décision et la loi qui prohibe les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Avis M. Jean-Paul Béraudo du 9 novembre 2013)

11. CA Aix-en-Provence, 2e chambre, 14 mars 2013, *Navire Delmas Mascareigne* n° 013-267

12. T. Com Paris, 9 septembre 2013 (RG n° 2013013500).

toute autre juridiction. » Il a été jugé que la clause contenue dans ce contrat de prêt revêtait un caractère potestatif, ce qui justifiait son annulation.

14. Acte II: l'arrêt *Credit Suisse*. Un nouveau coup a été porté à l'encontre des clauses asymétriques de juridiction par l'arrêt du 25 mars 2015¹³ sur le fondement de nouveaux arguments. En l'espèce, la clause stipulée dans deux contrats-cadres de prêt restreignait à l'emprunteur – un professionnel – le choix du for aux juridictions de Zurich ou à celles du lieu où la relation a été établie avec la succursale de la banque, tandis que la banque disposait du droit d'engager une action contre l'emprunteur « devant tout autre tribunal compétent ». Alors que la cour d'appel avait accueilli l'exception d'incompétence soulevée par la banque sur le fondement de la clause asymétrique, la Cour de cassation a cassé son arrêt au motif qu'elle n'a pas recherché si le déséquilibre dénoncé n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par l'article 23 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007. Ce déséquilibre reposait, selon la Cour de cassation, sur le fait que « la clause litigieuse réservait à la banque le droit d'agir contre l'emprunteur devant "tout autre tribunal compétent" et ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée ».

15. Trois précisions s'imposent d'emblée. Dans cette affaire, le contrat était conclu entre deux professionnels. Il n'y avait donc pas de place pour une politique de bienveillance à l'égard de la partie présumée faible à l'instar de ce qui a pu peut être motivé l'arrêt *Rothschild*. Quant à l'application de la Convention de Lugano en lieu et place du Règlement « Bruxelles I », elle s'explique par l'article 64 relatif au champ d'application de cette Convention. En effet, en vertu de cet article, la Convention s'applique en tout état de cause en matière de compétence lorsque la clause attributive de juridiction désigne un tribunal sis en Suisse¹⁴. Précisons enfin que cet arrêt de renvoi ne sanctionne pas la clause asymétrique qui serait jugée illicite. À la Cour de renvoi de revoir la copie, compte tenu des faits de l'espèce.

16. Une divergence jurisprudentielle source d'incertitude juridique. Les arrêts *Rothschild* et *Credit Suisse* ont créé une incertitude juridique dans la mesure où les motivations, les fondements, mais aussi les sanctions étaient distincts. En effet, la Cour de cassation se fondait sur la potestativité de la clause asymétrique dans l'arrêt *Rothschild*, là où elle reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié que cette clause était conforme à l'objectif de prévisibilité de la Convention de Lugano dans *Credit Suisse*. En outre, s'agissant des sanctions, la nullité a été prononcée dans l'arrêt *Rothschild* tandis qu'une validation

pouvait être espérée à la lecture de l'arrêt *Credit Suisse*. De telles différences ont mené à une incertitude juridique, car la question qui ne manquera pas de se poser en cas de nullité est de savoir si cette sanction pourrait rejailir, au-delà de l'option unilatérale, sur l'ensemble de la clause, laissant les parties avec la seule compétence par défaut. Les conséquences pourraient être dramatiques.

17. Un désaveu international. À l'international, la jurisprudence anglaise classique reconnaît la validité des clauses asymétriques de juridiction. En effet, dans l'arrêt *Pittalis*¹⁵ d'abord, il a été admis que la clause litigieuse résultait d'un accord bilatéral et qu'il importait peu que l'exercice de l'option soit laissé à la discrétion de l'une des parties seulement. Cette faveur à l'égard des clauses asymétriques n'a cessé d'être confirmée depuis. Ainsi, dans l'affaire *Three Shipping*¹⁶, les juges britanniques ont admis la validité de la clause attributive de compétence aux juridictions étatiques offrant à l'une des parties l'option de soumettre un litige à l'arbitrage. Ensuite, dans l'affaire *Elektrim Finance*¹⁷, le contrat contenant une clause compromissoire tout en permettant à l'une des parties de saisir les juridictions anglaises a été validé également.

18. Appliquant le droit mauricien – lequel est largement fondé sur le droit français – à l'occasion de l'affaire *Mauritius Commercial Bank Limited*, les tribunaux britanniques sont allés jusqu'à affirmer que leurs homologues français ont appliqué à tort le droit européen et français¹⁸. Refusant de voir dans le Règlement de Bruxelles une condamnation des clauses asymétriques, la High Court a précisé que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant l'égal accès à la justice n'est pas un fondement adéquat pour attaquer la clause asymétrique de juridiction. En effet, cet article, qui protège l'égalité d'accès à la justice, concerne l'accès à la justice au sein de la juridiction choisie par les parties et non pas le choix du forum. Or il n'est pas démontré que, devant un for identifié, l'accès à justice ne serait pas égal pour les deux parties au motif que l'une d'elle disposait d'un choix du for.

19. À Luxembourg¹⁹, l'application de la jurisprudence *Rothschild* a été également écartée dans la mesure où sa politique protectrice du client personne physique ne trouvait pas à s'appliquer dans l'espèce puisque les parties au contrat étaient une association d'investisseurs et un pool bancaire, considérés comme ayant un pouvoir de négociation équivalent. Le tribunal prend soin de souligner que l'arrêt *Rothschild* invoqué par la défenderesse a été très critiqué tant pour sa référence à la potestativité qu'au regard du droit européen des conflits de juridictions puisque, pour le tribunal, les clauses asymé-

13. Civ 1re, 25 mars 2015, *SCI Danne holding patrimoniale et al. c/ Crédit Suisse et al.*, n° 13-27.264; Marie-Elodie Ancel « Clair-obscur sur les clauses d'élection de for asymétriques », *Banque et Droit* n° 163, septembre-octobre 2015, p. 4; Laurence Usinier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction asymétriques », *RTD Civ.* 2015, p. 844; Louis d'Avout, « Pour une réhabilitation des clauses attributives de juridiction dissymétriques », *JCP G* n° 21, 25 mai 2015, 600.

14. Conv. Lugano II, art. 64, §2, a) in fine.

15. *Pittalis c/ Shereftin*, 1986, AQB 868.

16. *NB Three Shipping Ltd c/ Harebell Shipping Ltd*, 2005, 1 AER 200.

17. *Law Debentures Trust Corporation plc c/ Elektrim Finance BV and Others*, 2005, 2 AER 476.

18. High Court of Justice Queen's Bench division, Commercial Court, 24 mai 2013, v. *Hestia Holdings Limited and Sujana Universal Industries Limited*, paragraph 43.

19. Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, jugement commercial XV, 29 janvier 2014, n° 128/14.

triques de juridiction sont implicitement admises par l'article 23 du Règlement Bruxelles I. Par conséquent, il a été donné plein effet à la volonté des parties et, par suite, à la clause attributive de juridiction. Il en ressort que le débat relatif à la validité de la clause asymétrique de juridiction ne se résume pas à un clivage entre la Common Law et les systèmes juridiques de tradition civiliste. Il s'agit plus d'une politique judiciaire quant à la validation des conventions internationales librement formées ou, au contraire, réécrire le contrat au profit de la partie prétendument lésée.

20. L'amorce d'un mouvement de réhabilitation ? Dans son troisième arrêt *eBizcuss*²⁰ relatif aux clauses asymétriques de juridiction, la première chambre civile semble amorcer un mouvement de réhabilitation. En l'espèce, la société *eBizcuss*, revendeur agréé des produits Apple, assigne ce dernier devant un tribunal de commerce de Paris sur le fondement de pratiques anticoncurrentielles et actes de concurrence déloyale. Or les parties avaient convenu de soumettre leurs litiges potentiels à la compétence des tribunaux irlandais tout en offrant à la société irlandaise Apple la possibilité de saisir les juridictions du lieu du siège social de son co-contractant ou celles de tout pays où elle subirait un préjudice du fait de son co-contractant.

21. Le défendeur a soulevé l'exception d'incompétence au profit des juridictions irlandaises, exception accueillie tant en première instance qu'en appel ; pourvoi en cassation a alors été formé par le distributeur, sans plus de succès. En effet, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir exactement déduit que la clause « *répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élections de for* ». Si, finalement cet arrêt a prononcé la cassation de l'arrêt de la cour d'appel dans la mesure où la clause attributive de juridiction « *ne se référerait pas à des pratiques anticoncurrentielles* » et était donc inapplicable en l'espèce, il n'a pas moins affirmé la validité de la clause asymétrique de juridiction.

22. La clause litigieuse. Dans cette affaire, la clause était ainsi rédigée : « [...] les parties se soumettent à la compétence des tribunaux de la République d'Irlande. Apple se réserve le droit d'engager des poursuites à l'encontre du Revendeur devant les tribunaux dans le ressort duquel est situé le siège du Revendeur ou dans tout pays dans lequel Apple subit un préjudice ». Pour la Cour, la clause est valable dans la mesure où elle permet « d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se

saisir d'un litige ». Elle est ainsi jugée comme respectant l'impératif de prévisibilité du Règlement Bruxelles I.

23. Cet arrêt est bienvenu en ce qu'il met un terme aux craintes liées à l'invalidation de principe des clauses asymétriques sur le fondement – erroné – de la potestativité. Il est également bienvenu dans la mesure où il fournit un exemple des éléments objectifs qui peuvent fonder la compétence alternative. En effet, en l'espèce, la Cour de cassation affirme que la cour d'appel a exactement déduit que la clause litigieuse répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élection de for puisqu'elle « *permettait d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige opposant les parties à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du contrat* ».

24. Au terme de cette évolution jurisprudentielle, l'on peut en conclure qu'une clause qui offrirait le choix de la juridiction à une partie est valide dès lors que cette clause circonscrirait les options possibles grâce à des critères objectifs tels que le lieu où est situé le siège d'une partie ou encore le lieu de réalisation d'un dommage. Ce compromis permet de respecter tant l'objectif de prévisibilité du Règlement Bruxelles I²¹ que la volonté des parties.

25. Des interrogations subsistent. Une question évidente s'impose : une clause asymétrique visant sans précision supplémentaire « *tout autre tribunal compétent* », sans préciser qu'il s'agit du tribunal du lieu d'exécution, celui du lieu de livraison des marchandises ou encore celui du lieu d'exécution des services, manque-t-elle nécessairement d'objectivité ? Nous affirmons sans hésitation qu'interprétée comme se référant à tout tribunal compétent au sens des règles européennes de compétence internationale, une telle clause ne prive pas de prévisibilité le cocontractant qui l'accepte dans la mesure où celui-ci bénéficie du même niveau de prévisibilité que s'il n'avait pas conclu de clause attributive de juridiction grâce au jeu des règles de compétences spéciales du Règlement.

Les juridictions potentiellement compétentes sont nécessairement limitées en application du Règlement. Par exemple, en matière contractuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée dans un autre État membre devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée²². Ce lieu constitue, pour la vente de marchandises, le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, tandis que pour la fourniture de services, il s'agit du lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis. Les règles de compétence spéciales du Règlement ne laissent pas de place à l'incertitude ou à l'arbitraire vexatoire.

26. L'avènement de « Bruxelles I bis ». Le contentieux ne risque pas de se tarir avec l'entrée en application, depuis le 10 janvier 2015, du Règlement « Bruxelles I bis ». En effet, son article 25 dispose qu'en matière de prorogation de compétence, les juridictions choisies par les par-

20. Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n° 14-16898, *Sté eBizcuss c/ Sté Appel*, FS-PB ; Marie-Élodie Ancel et Léa Marion, « Clauses d'élection de for : le parcours du combattant », JCP E n° 6, 11 février 2016, 1087 ; Laurence Idot, « L'efficacité d'une clause attributive de juridiction remise en cause par la simple invocation du droit de la concurrence », JCP G n° 49, 30 novembre 2015, 1322 ; Véronique Legrand, « Affinage du régime juridique de la clause attributive de juridiction internationale », *Petites Affiches*, 24 novembre 2015, n° 234, p. 8 ; Sophie Pellet, « Clauses attributives de juridiction asymétriques : l'éclaircie ? », *L'Essentiel Droit des contrats*, 6 novembre 2015, n° 10, p. 1 ; Laurence Usinier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction asymétriques », *RTD Civ.* 2015, p. 844 ; Clément Dupoirier et Vincent Bouvard, « Clauses attributives de juridiction, asymétrie et droit de la concurrence », *Gazette du Palais*, 14 novembre 2015, n° 318, p. 19 ; Fabienne Jault-Seseke, « Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », *Recueil Dalloz* 2015, p. 2620.

21. Repris dans le Règlement « Bruxelles I bis » du 12 décembre 2012 (n° 1215/2012) en son considérant 15, applicable depuis le 10 janvier 2015.

22. Règlement du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, art. 5.

ties sont compétentes « *sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre* ». Avec cette disposition nouvelle, le Règlement révisé crée une difficulté supplémentaire, dans la mesure où chaque juridiction compétente pourra juger la validité de la clause attributive de compétence à l'aune de son propre droit. Or, on l'a vu, l'appréhension des clauses asymétriques de juridiction n'est pas uniforme au sein de l'Union européenne. Si le Royaume-Uni et, semble-t-il, l'Italie admettent sans équivoque la validité des clauses asymétriques de juridiction, d'autres États membres la rejettent (Bulgarie et Pologne), tandis que d'autres encore n'offrent pas une position claire, dans la mesure où la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le sort de ces clauses (Espagne et Slovaquie)²³.

27. Conclusion. À défaut de réhabiliter les clauses optionnelles de juridiction en les validant au nom de la liberté contractuelle, on risque une fuite du droit français

vers des droits plus bienveillants, soit par le dépeçage de la seule clause optionnelle, soit en régissant l'ensemble du contrat par le droit étranger. La certitude juridique viendrait-elle des clauses d'arbitrage fussent-elles optionnelles ? Les reproches qui ont pu être émis dans les arrêts *Rothschild et Crédit Suisse* à l'égard de la clause de juridiction asymétrique étaient principalement fondés sur le Règlement « Bruxelles I » ou sur la Convention de Lugano. Or ceux-ci excluent l'arbitrage. Dans la mesure où la jurisprudence française a déjà validé les clauses d'arbitrage optionnelles²⁴, elle devrait maintenir leur efficacité sans être influencée par les revirements jurisprudentiels par rapport à la clause attributive de juridiction relative aux tribunaux étatiques. En toute hypothèse, il appartiendra à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, en jugeant si le consentement des parties exprimé dans la clause optionnelle est suffisamment clair pour indiquer la présence d'une convention arbitrale. ■

23. Clifford Chance, *Briefing note*, février 2013.

24. Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-22656.