

DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

Les clauses exclusives de juridiction : nouveau terrain de lutte entre droit de *common law* et droit continental



Hubert de Vauplane

Directeur des affaires juridiques

Crédit Agricole SA

Professeur associé
Université Paris II
Panthéon-Assas

AEDBF Europe



Matthieu Dubertret

Maître de conférences
Université Paris II
Panthéon-Assas

Les propositions des lobbies d'outre-Manche visant à "renforcer les clauses exclusives de juridiction" sont difficilement conciliables avec les principes de respect mutuel des juridictions et de leurs décisions sur lesquels repose la construction de l'espace judiciaire européen. Elles impliquent aussi un déplacement du contentieux au bénéfice des cabinets londoniens et, à terme, pourraient accroître plus généralement le poids de la place de Londres.

Le débat sur la supériorité supposée des systèmes de *common law* sur les systèmes de droit continental est connu. Grâce aux rapports « Doing Business » de la Banque mondiale [1] qui plaçaient, comme par hasard, les systèmes de *common law* à la première place, les différents systèmes juridiques ont soudain pris conscience qu'ils se trouvaient directement mis en concurrence les uns avec les autres.

Cette grande opération de séduction des droits de *common law* ayant soulevé la vague de critiques que l'on sait [2], aujourd'hui renforcée par

les critiques adressées à un certain type de capitalisme anglo-américain à la suite de la crise financière, la bataille pour la suprématie des systèmes juridiques anglo-américains s'est subrepticement et très habilement déplacée vers d'autres fronts plus discrets, mais ô combien plus

Société de législation comparée, 2006 ; v. également F. Rouvillois (dir.), "Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?", Thèmes et commentaires, Dalloz 2005 ; B. du Marais (dir.), "Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites des rapports Doing business", Doc. fr., 2006 ; M. Haravan, "Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : mythes et réalités d'un rapport sans nuance", JCP E 2005, p. 1680 ; B. du Marais, "De Koror à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires", D. 2006, chron. p. 1110 ; M. Grimaldi et B. Fauvarque-Cosson, "La promotion de notre système juridique s'organise : la constitution d'une fondation du droit continental", D. 2006, chron. p. 996 ; M. Haravan, "Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : le mirage des classements pour mesurer l'efficacité de la justice civile", JCP E 2006, p. 1571.

[1] V. les rapports orientés de la Banque mondiale, Doing Business ("Doing business in 2004 : Understanding regulation" ; "Doing business in 2005 : Removing obstacles to growth" ; "Doing business in 2006 : Creating Jobs").

[2] V. en part. la réponse de l'Association Henri-Capitant des amis de la culture juridique française, "Les droits de tradition civiliste en question",

efficaces sur lesquels l'art du lobbying anglo-saxon fait merveille.

Cette nouvelle stratégie résulte tout simplement du constat que dans les systèmes de *common law*, le contentieux fait naître la règle sous forme de précédent. De ce constat, les lobbyistes anglais ont rapidement déduit que la maîtrise du contentieux entraîne la maîtrise des règles applicables et confère le contrôle de la structure juridique d'un marché.

Le débat se trouve ainsi aujourd'hui déplacé sur le terrain de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable sur lesquels nos amis anglais bénéficient d'un avantage concurrentiel certain grâce à nombre d'associations puissantes.

LES LOBBIES D'OUTRE-MANCHE PROPOSENT DE RENFORCER LES CLAUSES EXCLUSIVES DE JURIDICTION

En matière de compétence juridictionnelle, les lobbies d'outre-Manche proposent, par exemple, à la Commission européenne de renforcer les clauses exclusives de juridiction de deux manières. Soit en permettant à la cour désignée par la clause, le plus souvent londonienne, de se saisir du litige alors même qu'une autre cour aurait été préalablement saisie,

ce qui entraîne un risque important de procédures parallèles aboutissant à des jugements inconciliables. Soit, autre solution, d'indiquer que la saisine de la cour désignée par la clause prive autoritairement la cour première saisie de toute compétence ce qui, d'une part, prive la juridiction première saisie du pouvoir de statuer sur sa propre compétence et, d'autre part, oblige à saisir la juridiction désignée pour faire constater l'invalidité de la clause exclusive de juridiction.

Ce renforcement des clauses exclusives de juridiction est habilement présenté, paré des habits de la liberté contractuelle, alors qu'en pratique de telles clauses sont le plus souvent imposées par la partie la plus forte. Et comme pour montrer la force des lobbies anglo-saxons, ces deux propositions ainsi habillées se trouvent reprises telles quelles dans le troisième point du livre vert de la Commission "sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale".

QUE DEVIENT LE PRINCIPE DE RESPECT MUTUEL DES JURIDICTIONS ?

Cette reprise à l'identique est pour le moins surprenante puisque ces deux propositions viennent directement contredire le principe européen de reconnaissance mutuelle des juridictions qui constitue pourtant l'un des deux piliers fondamentaux sur lesquelles repose la construction de l'espace judiciaire européen. Ce principe se retrouve d'ailleurs tant dans le Règlement Bruxelles I [3] que dans

[3] 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 : considérants 16 and 17 ; V. aussi Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité : considérants 22 et 24.

L'activisme des Anglo-saxons

■ Certaines associations (comme l'ISDA) visent à "renforcer" les clauses exclusives de juridictions afin qu'une fois imposées dans un contrat, elles ne puissent plus être contestées par aucune juridiction – sinon anglaise – seraient-elles signées par un incapable, imposées par violence économique ou contraire à une loi de police d'un des signataires. D'autres associations (comme la LMA) prennent soin d'étendre le champ de la loi

applicable au contrat et introduisent dans leurs modèles de contrats des clauses stipulant la loi anglaise applicable aussi bien au contrat lui-même qu'à tous les effets délictuels ou contractuels qui auraient un lien direct ou... indirect avec le contrat. Enfin, ces différentes associations s'occupent également activement d'un renforcement des clauses d'arbitrage dans leurs contrats cadres dans le but avoué de soumettre à terme ces

contrats à un tribunal arbitral composé en leur sein ce qui, grâce au "renforcement" des clauses exclusives de juridiction dont bénéficieront sans doute à terme les clauses d'arbitrage (point 7 du Livre vert), permettra à ces associations d'être seuls maîtres de leur compétence et des règles de droit qu'elles appliqueront cumulativement dans ces domaines très particuliers du financement et des marchés de capitaux tout à la fois les compétences législative et judiciaire.

un grand nombre d'arrêts de principe de la CJCE [4]. Il est incontournable puisqu'il traduit simplement le fait que les différentes juridictions des États membres sont d'égale dignité et d'égale compétence, ce qui interdit de mettre une juridiction dans une situation de supériorité par rapport à une autre juridiction en privant celle-ci de sa prérogative la plus élémentaire, à savoir statuer sur sa propre compétence. Il est en effet impossible pour une juridiction de dessaisir une autre d'un litige dont elle est déjà saisie sans porter atteinte à sa souveraineté.

Si la refonte du Règlement Bruxelles I conduisait aujourd'hui à affirmer qu'une juridiction désignée a le pouvoir de dessaisir une juridiction

nationale souveraine déjà saisie du litige pour décider en ses lieux et place de sa compétence, il faudrait alors abandonner toute référence au principe de respect mutuel des juridictions car il ne peut y avoir respect d'une juridiction si l'on nie son droit fondamental de statuer sur sa propre compétence. Il s'agirait donc d'un immense pas en arrière au titre des principes qui fondent l'Union Européenne.

PERMETTRE À LA COUR PREMIÈRE SAISIE D'Étudier LA CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

Si les propositions des lobbies d'outre-Manche visent à "renforcer les clauses exclusives de juridiction" sont ainsi difficilement conciliables avec les principes sur lesquels repose la construction de l'espace judiciaire européen, les conséquences pratiques qu'elles impliquent sont par ailleurs loin d'être négligeables.

Tout d'abord, le renforcement des clauses attributives de juridiction privera la cour première saisie de toute

“Le principe européen de reconnaissance mutuelle des juridictions traduit le fait que les différentes juridictions des États membres sont d'égale dignité et d'égale compétence.”

[4] CJCE, 2 mai 2006, Arrêt C-341/04 Eurofood, Recueil de jurisprudence 2006 page I-03813, D. 2006, AJ p. 1287 (A. Lienhard), D. 2006, p. 1752 (R. Damman), JCP 2006.II.10089 (M. Menjucq) : points 39, 40, 41 et 42 ; CJCE 27 avril 2004, Arrêt C-159/02 Turner, "Recueil de jurisprudence 2004" page I-3565, point 24 ; CJCE 12 septembre 2003, Arrêt C-116/02 Gasser, "Recueil de jurisprudence 2003" page I-14693, point 72.

possibilité, même dans un délai très court, de contrôler la validité de la clause selon son propre ordre public interne (consentement, capacité des signataires, domaine de la clause, etc.). La solution proposée par les lobbies anglais irait d'ailleurs plus loin encore que la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for [5] dont l'art. 6, pourtant très restrictif, réserve néanmoins la compétence de la cour première saisie si "b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ; c) donner effet à l'accord conduirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ; d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre". Dans toutes ces hypothèses, auxquelles il faudrait sans doute ajouter la validité du consentement des parties à la clause, il conviendrait à tout le moins de permettre à la cour première saisie d'étudier la clause d'élection de for afin de décider de son applicabilité au cas d'espèce et donc de sa propre compétence.

L'ABSENCE DE RESPECT DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS

Par ailleurs, privée de cette possibilité, la juridiction première saisie dont la compétence est niée pourrait avoir tendance à refuser par la suite l'exequatur de la décision de la cour désignée. L'absence de respect de la souveraineté de la juridiction première saisie entraînerait en réponse le même comportement de sa part à l'égard de la décision de la juridiction désignée ce qui privera in fine cette clause de toute efficacité. L'abandon du principe de respect

[5] Clauses par lesquelles les parties à un contrat décident que tel ou tel tribunal ou que les tribunaux de tel ou tel pays seront compétents pour trancher les litiges qui pourront naître entre elles en rapport avec le contrat en question.

“La juridiction première saisie dont la compétence est niée pourrait avoir tendance à refuser par la suite l'exequatur de la décision de la cour désignée.”

mutuel des juridictions entraînera ainsi vraisemblablement par réaction l'absence de respect du principe de reconnaissance mutuelle des décisions. Les deux piliers de la coopération judiciaire au niveau européen se trouveront alors très largement fragilisés, sans aucun avantage pratique puisque l'ordre public ignoré au niveau de la compétence se retrouvera invoqué au niveau de l'exequatur.

Enfin, si les parties saisissent une autre juridiction sans débat sur la compétence ce qui est toujours possible (si c'était impossible, ce serait une atteinte à la liberté contractuelle des parties), la procédure pourra alors se développer devant la juridiction première saisie. Mais le risque de manœuvres dilatoires demeure puisqu'une partie pourra "redécouvrir" la clause exclusive de juridiction après plusieurs années entraînant le dessaisissement automatique du juge premier saisi et l'anéantissement de toute la procédure déjà accomplie. Le risque de manœuvres dilatoires mis en évidence dans les arrêts PrimaCom et Gasser sur lequel se fonde l'argumentaire anglais ne serait donc pas évité.

SUPPRIMER LE RISQUE DE MANŒUVRES DILATOIRES

Or, une solution au problème d'efficacité posé par le livre vert existe : il suffit d'obliger la cour première saisie à se prononcer dans un délai strict (un mois) afin de purger *ab initio* ce risque de manœuvres dilatoires tout en respectant les principes qui régissent la coopération judiciaire en Europe. C'est la troisième solution proposée par le livre vert. Elle seule respecte les principes qui fondent la coopération judiciaire en Europe et, en particulier, le principe de respect mutuel qui interdit à une juridiction tout signe de mépris ou de défiance envers les juridictions d'un autre état membre (arrêts Gasser, Turner, Euro-

food [6]). Elle seule est également susceptible de développer la coopération judiciaire européenne entre la cour première saisie et la cour désignée pour aller vers une procédure de codécision [7].

Pratiquement, c'est également la solution la plus efficace. L'instauration de délais très courts de décision sur la compétence permet tout à la fois de supprimer l'unique défaut de l'application des règles de litispendance (le délai), de respecter l'ordre public national de la première cour saisie, mais aussi et surtout de purger tout risque de manœuvres dilatoires dès le commencement de la procédure.

UN LOBBYING AU PROFIT DE LA PLACE LONDONNIENNE

D'un point de vue plus politique, la réponse à cette consultation et la refonte du Règlement Bruxelles I doivent s'inscrire dans une démarche de bon sens et de respect de l'acquis communautaire. Ce souci ne peut être présent que si l'on appréhende d'un même regard les mouvements à première vue isolés des différents lobbies anglo-saxons. Avec un sens de l'esthétique remarquable, ces différentes associations tendent toutes vers le même but purement anglais par des chemins *a priori* séparés qu'il s'agisse du renforcement des clauses exclusives de juridictions, de l'extension des clauses de choix de la loi applicable ou d'une prise en compte plus étendue des clauses d'arbitrage (encadré 1).

Ces différentes initiatives s'accompagnent au niveau du Règlement Bruxelles I d'une disparition de l'exequatur qui se trouve, quant à elle, légi-

[6] Cf. *supra* note 2.

[7] En ce sens, cf. Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2008 modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0380:FIN:FR:PDF>

timelement fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions au sein de l'Union européenne à condition toutefois que demeurent des recours exceptionnels permettant de garantir que le droit à un procès équitable a bien été respecté (point 1 du Livre vert). Dès lors, si les associations de lobbying de la place de Londres qui sont composées majoritairement d'avocats parviennent à leurs fins, ce qui constitue un premier enjeu non négligeable en termes de chiffre d'affaires pour leurs cabinets, l'ensemble du contentieux des contrats dans lesquels seront imposés la compétence exclusive du juge anglais et l'application de la loi anglaise sera traité par la place londonienne sans recours possible. Il est intéressant de remarquer que cet affaiblissement des recours prend forme au moment même où plusieurs arrêts de la CJCE tentent pourtant de mettre un terme à certaines pratiques discutables des juridictions anglaises [8].

[8] Cf. par ex., CJCE, 2 avril 2009, arrêt C-394/07, Gambazzi, non encore publié ; CJCE, 10 février 2009, Arrêt C-185/07, West Tankers, non encore publié.

Dans un premier temps, c'est donc un déplacement du contentieux au bénéfice des cabinets londoniens qui est visé. Mais à terme, le contentieux étant soumis au droit anglais, les règles structurant les financements et les marchés de capitaux passeront sous leur contrôle accroissant encore le poids de la place de Londres.

LE SILENCE DES POUVOIRS PUBLICS FRANÇAIS

La place de Paris perdra alors peu à peu la maîtrise de ses structures de marchés d'où un affaiblissement corrélatif important de notre place et un déplacement de l'activité financière (marché de capitaux, mais également, dans une moindre mesure, financement) outre-Manche. Qui ne se souvient pas des conditions de refinancement de la dette d'Alstom dont le contrat de refinancement avec les banques, malgré la garantie publique, était soumis au droit et juridictions anglais ? Il ne faut d'ailleurs pas oublier que le droit applicable au contrat et les clauses d'attribution de compétence ne règlent pas tous les problèmes de compétence juridictionnelle, en particulier en

“Le contentieux étant soumis au droit anglais, les règles structurant les financements et les marchés de capitaux passeront sous leur contrôle accroissant encore le poids de la Place de Londres”

cas de “faillite” de l'emprunteur. La réalité revient alors avec force où le droit de la faillite et celui applicable aux sûretés supplantent le droit du contrat de financement (ou de l'opération de marchés). Sauf à modifier là encore les règles procédurales en Europe pour y ériger la loi du contrat comme seule loi applicable aux parties comme aux tiers. Tel est l'objectif clairement affiché de ces associations internationales basées à Londres. Et l'on regrette en France le silence – gêné – des pouvoirs publics et celui – complice parfois – du monde financier et industriel. Ne laissent-ils pas scier la branche sur laquelle ils sont assis ?

C'est tout l'enjeu du débat et toute l'importance d'avoir une vision globale de questions le plus souvent abordées de façon isolée alors qu'étroitement liées, elles peuvent, à terme, se révéler considérables d'un point de vue juridique mais également... financier. ■

POINT ANNUEL DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

POINTS CLÉS DU PROGRAMME :

1. Panorama juridique sur les activités de banque commerciale et de BFI
2. Actualité du droit boursier et du droit des titres
3. Problématiques institutionnelles

A Paris, le jeudi **19 novembre 2009** de **9h à 17h30**

SÉMINAIRE ANIMÉ PAR :

- ▶ **M. Thierry SAMIN,**
Responsable de la Réglementation Bancaire & Financière, Société Générale
- ▶ **M. Bertrand BREHIER,**
Responsable Adjoint, Société Générale

Thibault Delmas - Tél : 01.44.94.14.49 - tdelmas@demos.fr - 20 rue de l'Arcade 75378 Paris Cedex 08 - www.demos.fr

