

REGARDS SUR OPPOSABILITE A L'EGARD DES TIERS DES CONVENTIONS ATTRIBUTIVES DE JURIDICTION DANS LES LITIGES INTERNATIONAUX (ASPECTS REGARDING THE ENFORCEABILITY AGAINST THIRD PARTIES OF CHOICE OF COURT AGREEMENTS IN INTERNATIONAL DISPUTES)

Lecturer **Alina OPREA**¹

Abstract

The problem enforceability of agreements conferring jurisdiction to persons other than the parties that have accepted knows no textual legal settlement in European procedural law. Through its action, the European Court of Justice, however, brought important clarifications in the matter, without following yet a uniform: the disputes brought before it, the high European court preferred for certain hypotheses to consider solutions of national law, effectiveness agreements conferring jurisdiction admissible conditioning; other times, she opted for the formulation of European autonomous substantive rules recognizing or, alternatively, directly denying their effectiveness. In an attempt to bring more clarity in the matter, the study proposes a review of existing solutions, identifying their justifications and offering several key milestones that should be considered in solving concrete problems in practice.

Keywords: choice of court agreements, opposability, assignment of contract, chain of contracts transferring ownership, contract containing a stipulation in favour of a third party, article of association

JEL Classification: K12, K22, K41

1. Préliminaire

1. En vue de la réalisation la plus ample des intérêts des opérateurs du commerce international, le principe de la désignation volontaire de la juridiction compétente pour la résolution des litiges est largement admis dans le droit européen². A travers les conventions attributives de juridiction, les professionnels pourront, en matière civile et commerciale, proroger la compétence des instances des Etats membres de leur choix, quel que soit le lien existant entre celles-ci et le litige, et déroger aux règles générales et spéciales de compétence en la matière³. Les problèmes d'admissibilité et validité supposés résolus, ces conventions peuvent susciter des difficultés pratiques quant à leurs effets. Ceux-ci se produisent normalement en rapport avec les parties qui les ont acceptées, les principes de l'effet relatif des contrats (dans les systèmes civilistes) et *privity of contract* (dans les systèmes de *common law*) étant susceptibles de recevoir application également dans ce domaine particulier. Si un demandeur agit contre plusieurs défendeurs, la convention attributive de juridiction pourra être invoquée seulement par et seulement contre la partie qui l'a acceptée⁴.

¹ Alina Oprea - Faculty of Law, Babes Bolyai University from Cluj-Napoca, alinaxoprea@yahoo.fr,

² V. l'article 25 du règlement (UE) n° 1215/2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (JO L 351, 20.12.2012). V. aussi en plan international la Convention de la Haye *sur les conventions d'élection de for* (30 juin 2005, disponible sur www.hcch.net) : celle-ci permet les conventions attributives de juridiction lorsque l'option des parties porte sur les instances de l'un des Etats membres de la Convention (v. art. 1^{er} combiné avec l'art. 3.a. de la Convention). Le principe de l'admissibilité des conventions attributives de juridiction trouve son corollaire dans la liberté reconnue aux parties de faire appel à des juges privés – les arbitres – pour la résolution de leurs litiges.

³ En détail sur ces effets, v. H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matières civile et commerciale*, 5^e éd., LGDJ, 2015, p. 169 et s., n° 153 et s.; U. Magnus, P. Mankowski (coord.), *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, Otto Schmidt, 2016, p. 664 et s., n° 163 et s.

⁴ Une solution similaire existe dans le domaine de l'arbitrage ; les arbitres fondent leur compétence sur la volonté des parties, exprimée dans la convention d'arbitrage, et son extension à des personnes qui ne l'ont pas acceptée n'est pas justifiée.

2. Certes, chacune des deux grandes familles de droit permet des exceptions limitativement énumérées à ces principes⁵, à l'égard des tiers⁶, et leur application nuancée est possible même dans le domaine analysé. En pratique, lorsque la prorogation de compétence est invoquée contre ou par des personnes qui ne l'ont pas acceptée directement, surgit un problème d'opposabilité ou d'efficacité à l'égard de celles-ci de la convention attributive de juridiction⁷, d'une importance concrète indéniable et dont les alternatives de solution nous intéressent dans le contexte de la présente étude.

Dans les litiges internationaux en matière civile et commerciale, le régime juridique des clauses attributives de juridiction est uniformément établi par l'article 25 du règlement 1215/2012 (Bruxelles I bis) *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*⁸. Bien que le problème ait suffisamment préoccupé la doctrine⁹ et les textes existants aient été relativement fréquemment révisés¹⁰, le législateur européen n'a pourtant pas consacré des normes spécifiques relatives à l'opposabilité des conventions attributives de juridiction à l'égard des personnes qui ne les ont pas directement acceptées. L'inaction du législateur a été compensée par les interventions de la Cour européenne de justice, la haute juridiction offrant, dans l'interprétation des articles 17 de la Convention de Bruxelles et 23 du règlement 44/2001 (antécédents du règlement 1215/2012), des indications amples de nature à assurer un minimum d'uniformité dans les Etats membres. Les solutions spéciales de la procédure civile européenne interfèrent avec les normes internes en matière d'obligations, relatives à l'opposabilité ou la transmissibilité des stipulations contractuelles; en raison du principe de la primauté, les premières vont avoir priorité dans le domaine analysé, sans être toutefois exclu que les législations étatiques ou les solutions nationales s'alignent elles-aussi à la perspective européenne, suite à une sorte „d'harmonisation occulte”.

3. Dans les litiges qui lui ont été soumis, la Cour de justice a préféré prendre en considération, en certaines hypothèses, les solutions du droit national, l'efficacité des conventions attributives de juridiction étant alors admissible de façon conditionnelle, généralement à travers les exceptions au principe de la relativité; d'autrefois, elle a opté pour la consécration des normes matérielles autonomes, admettant ou au contraire niant l'efficacité de ces conventions à l'égard d'autres personnes que celles qui les ont acceptées. La démarche de solution n'est pas uniforme, mais connaît des nuances selon que la convention attributive de juridiction figure dans un contrat cédé (I), dans un contrat inséré dans une chaîne des contrats (II), dans un contrat contenant une stipulation pour autrui

⁵ Pour une position comparative générale, v. M. Oudin, “*Un droit européen (...) pour quel contrat? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé*”, RIDC, vol. 59, n° 3, 2007, p. 475-521, sp. p. 486 et s.; R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ Lextenso, 2012, p. 134 et s., n° 190 et s.

⁶ Les notions de „parties” et „tiers” peuvent faire l'objet d'interprétations différentes – v. P. Vasilescu, *Privire asupra principiului relativității efectelor actului juridic de drept privat*, thèse de doctorat, Cluj-Napoca, 2001, p. 88 et s.; A. Circa, *Relativitatea efectelor convențiilor*, UJ, 2009, p. 120 et s.; G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 158-162; dans la présente étude, les parties désignent les personnes par la volonté desquelles, exprimée personnellement ou par représentation, a été créé le contrat qui inclut la convention attributive de juridiction; les tiers désignent les personnes qui n'ont pas participé à la formation de ce contrat mais qui, en raison de leur lien particulier avec l'opération ou avec l'une des parties, arrivent à être intéressées par son exécution.

⁷ Par “opposabilité” on n'entend pas la simple obligation des tiers à respecter en général la situation qui résulte du contrat, mais l'extension de la force obligatoire de la clause et de ses effets (de prorogation et de dérogation) à l'égard d'autres personnes que celles qui ont conclu le contrat qui l'inclut.

⁸ Ce règlement réforme et remplace, à partir du 10 janvier 2015, le règlement n° 44/2001 qui, à son tour, s'est substitué, dans les Etats membres de l'Union, à la Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968, ayant le même objet. La jurisprudence de la Cour européenne de justice citée dans cet article est quasi exclusivement dédiée aux articles 17 de la Convention ou 23 du règlement 44/2001, mais sa pertinence pour l'interprétation et l'application de l'article 25 du règlement 1215/2012 ne fait pas de doute.

⁹ V. dans le droit français, N. Dorandeu, « *La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé* », JDI, 2002, p. 1001; C. Gohlen, « *L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction* », Procédures, mai 2008, étude n° 5, p. 5-11, et juin 2008, étude n° 6, p. 6-11. C. Derache, « *La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats* », JCP E, 2012, p. 1048; F.C. Villata, « *Choice of Court agreements and third parties in light of Refcomp and beyond* », in F. Ferrari, F. Ragno (coord.), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea ?*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015, p. 127.

¹⁰ Sur les nouveautés en matière de conventions attributives de juridiction, introduites par les réformes de 2012, v. T. Ratkovic, D. Zgrabljić Rotar, « *Choice of court agreements under the Brussels I Regulation Recast* », J. of PIL, 2013, p. 245; Q. Forner-Delaygua, « *Changes to jurisdiction based on exclusive jurisdiction agreements under the Brussels I Regulation Recast* », J. of PIL, 2015, p. 379; C. Nourissat, « *L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement Bruxelles I bis* », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 567; P. Mankowski, « *The role of party autonomy in the allocation of jurisdiction in contractual matters* », in F. Ferrari, F. Ragno (coord.), *op. cit.*, p. 97.

(III) ou dans les actes constitutifs d'une société (IV). Dans ce qui suit, on va s'arrêter sur tous ces cas spécifiques, essayant de délimiter les distinctions que doivent être opérées en pratique, en vue d'établir clairement les conditions dans lesquelles un tiers défendeur qui n'a pas signé/accepté la clause peut être tenu de se présenter devant la juridiction que celle-ci désigne (son droit d'être assigné ailleurs étant ainsi limité) et, respectivement, en quelles conditions ce tiers peut se prévaloir de la clause, pour voir le litige tranché par une juridiction qu'autrement il n'aurait pas pu saisir et, ainsi, pour éviter la compétence d'autres juridictions que celles désignées par la clause.

2. La transmission d'une position contractuelle et les conventions attributives de juridiction

4. Un premier type d'hypothèses analysées par la Cour de justice est subsumé aux cessions de contrats qui comportent des clauses attributives de juridiction, la solution préférée impliquant un renvoi au droit national. Les jugements pertinents en la matière - *Tilly Russ* (1984), *Trasporti Casteletti* (1999) et *Coreck* (2000) - intéressent le domaine des transports maritimes internationaux et ont en commun la même discussion : une convention attributive de juridiction figurant dans le connaissement remis à l'expéditeur par le transporteur est ou non opposable au destinataire final des marchandises, qui n'en a pas donné son consentement dans l'une des formes prévues par les textes législatifs ?

5. Le premier de ces jugements - *Tilly Russ*¹¹ - est illustratif pour le contexte de la problématique : dans l'affaire, la société belge Goemine Hout a acheté d'une société américaine un lot de marchandises qui sont arrivées détériorées à la destination; la société d'armateurs maritimes Partenreederei ms Tilly Russ, transporteur, a été actionnée en justice en Belgique, mais dans le litige afférent elle a invoqué la convention attributive de juridiction en faveur des instances de Hambourg, qui figurait dans les connaissements remis à l'expéditeur. Saisie avec une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, la Cour a préféré de placer le problème sur le terrain du droit des obligations et de conditionner la solution finale de son intervention¹²: ainsi, elle a décidé que, si selon le droit national applicable, le tiers porteur du connaissement succède en droits et obligations à l'expéditeur, la clause attributive de juridiction figurant dans le connaissement émis par le transporteur lui est opposable, même si celle-ci a été assumée par le transporteur et l'expéditeur¹³; le tiers porteur du connaissement sera tenu par tous les droits et les obligations afférentes au connaissement, y compris la clause attributive de juridiction¹⁴. La Cour renvoie au droit national seulement pour le problème de la transmissibilité du connaissement, et non pour le problème de la transmissibilité (l'opposabilité) de la clause, préférant pour cette dernière d'édicter une norme spécifique: si le droit national applicable consacre une transmission de position contractuelle, alors la clause attributive de juridiction doit être considérée opposable au cessionnaire (même si selon le droit national applicable cela n'aurait pas été possible).

6. La solution se fonde, d'une côté, sur le caractère accessoire de la clause par rapport à l'ensemble des droits et des obligations du contrat qui la contient (si ces derniers ne sont pas transmis, selon la loi applicable, la clause ne se transmet non plus) et, d'un autre côté, sur le consentement indirect du cessionnaire, qui a accepté (ou est tenu par la loi avoir accepté) le contrat de base, en se subrogeant au cédant dans ce rapport d'obligations. Une éventuelle protection supplémentaire pour celui-ci, sous la forme d'une exigence d'un consentement exprès à la clause, n'a pas été considérée nécessaire¹⁵.

¹¹ CJCE, 19 juin 1984, C-71/83, *Tilly Russ*.

¹² Sur les alternatives substantielles de solution proposées par la Commission européenne (et refusées par la Cour), v. H. Gaudemet-Tallon, *Note* sous l'arrêt *Tilly Russ*, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 391, sp. p. 395.

¹³ La solution du renvoi au droit national était par ailleurs suggérée par l'Avocat général G. Slynn dans ses conclusions, présentées le 21 mars 1984 (disponibles sur www.eur-lex.eu).

¹⁴ L'arrêt *Tilly Russ*, par. 24-25.

¹⁵ La Cour considère que le texte légal est préoccupé en essence de la neutralisation des clauses attributives de juridiction qui auraient pu passer inaperçues, ce que n'était pas le cas dans l'affaire - v. par. 24 de l'arrêt *Tilly Russ*.

7. La solution correspond, aussi, à l'analyse civiliste de la cession de contrat. Le cessionnaire est tenu par la clause dans sa qualité de successeur de l'une des parties contractantes; il lui prend la place dans le contrat initial – tel qu'il a été configuré – et sera tenu en conséquence de toutes les obligations et bénéficiera de tous les droits qui y sont prévus¹⁶. Y compris de la perspective du droit international privé la solution mérite d'être approuvée, dans la mesure où elle respecte de façon suffisante les prévisions des parties contractantes. Lorsque selon le droit applicable une telle transmission de position contractuelle ne se réalise pas, l'opposabilité de la clause au tiers porteur du connaissance est conditionnée par son acceptation, par ce dernier, dans l'une des formes mentionnées par le texte légal (y compris une forme conforme à un usage).

8. La même position a été retenue dans les deux autres arrêts illustratifs en la matière, dans les affaires *Trasporti Castelletti*¹⁷ et *Coreck Maritime*¹⁸; la solution de principe de l'arrêt *Tilly Russ* a été reprise : la convention attributive de juridiction originelle produit des effets à l'égard du successeur en droits (auquel le contrat est cédé) si loi applicable analyse la transmission du connaissance comme une cession de contrat. Une exigence supplémentaire, inspirée par un souci de prévisibilité, est toutefois ajoutée : l'opposabilité est acceptée si le cessionnaire connaissait ou pouvait avoir connaissance de l'existence de la convention attributive de juridiction.

9. Une précision supplémentaire s'impose : tant dans l'arrêt *Tilly Russ*, que dans les arrêts *Castelletti* ou *Coreck*, la Cour a précisé que les exigences formelles de l'article 25 du règlement (ancien art. 17 de la Convention) doivent être accomplies dans les rapports entre les parties au contrat initial, qui contenait la clause attributive de juridiction¹⁹, mais seulement entre celles-ci. La condition de la stipulation valable de la clause dans les rapports entre l'expéditeur et le transporteur est justifiée par le fait que, avec la réception du connaissance, le tiers porteur ne devrait pas être tenu de plusieurs obligations et limitations que celles qui reviennent à l'expéditeur dans le contrat de base. En même temps, la limitation de l'applicabilité des exigences de forme seulement aux parties à ce contrat est de nature à faciliter un jeu plus large de la clause ; ainsi, lorsque le droit interne consacre une transmission de la position contractuelle et le cessionnaire prend la place du cédant dans le rapport juridique de base, la convention attributive de juridiction y incluse lui sera opposable, sans que son acceptation expresse et même de sa connaissance, en certaines conditions, soient nécessaires.

10. Les arrêts illustrent le même genre de démarche : la consultation de la loi nationale qui gouverne la transmission des droits et des obligations prévus par le connaissance au cessionnaire est complétée par une règle matérielle d'origine européenne de facilitation du jeu de la clause, inspirée par le besoin des opérateurs de commerce international. Cette dernière permet le dépassement des divergences nationales relatives à la transmission de la clause, mais n'assure pas l'uniformité de solutions dans l'espace européen dans la mesure où la transmissibilité du connaissance est encore dépendante des lois étatiques désignés par les règles de conflit pertinentes.

¹⁶ Même si la Cour ne prévoit pas expressément, une possible limitation de la transmissibilité de la clause pourrait intervenir dans le cas d'une manifestation claire de volonté en ce sens des parties au contrat initial, qui imprimerait à la clause le caractère *intuitu personae*; cette hypothèse est toutefois non seulement difficile à prouver, mais aussi très rare en pratique.

¹⁷ CJCE, 16 mars 1999, C-159/97, *Castelletti*, Note par H. Gaudement-Tallon, Rev. crit. DIP, 1999, p. 573 et s. : dans l'affaire, le destinataire italien d'un lot de marchandises expédiées d'Argentine s'est adressé aux instances italiennes pour la solution du litige initié contre le transporteur danois et le consignataire italien du navire ; invoquant les clauses attributives de juridiction en faveur de High Court of Londres, qui figuraient au verso des connaissances remis à l'expéditeur, ceux-ci ont contesté la compétence. Répondant à la question préliminaire relative à l'opposabilité de la clause à l'égard du tiers porteur du connaissance, la Cour de justice a repris (dans les par. 41 et 42) la solution de l'arrêt *Tilly Russ*, la seule précision supplémentaire apportée concernant l'indifférence de la nationalité des parties qui ont souscrit le contrat de base et la clause attributive de juridiction afférente pour la solution du problème.

¹⁸ CJCE, 9 novembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime* : dans l'affaire, la société Coreck a émis un connaissance pour les marchandises qu'elle devait transporter de Chine au Pays-Bas ; voulant engager la responsabilité du transporteur pour la détérioration des marchandises, le destinataire hollandais s'est adressé aux juridictions de son propre pays ; la société Coreck a contesté leur compétence, invoquant la clause d'élection de for incluse dans le connaissance et qui attribuait la compétence aux instances de l'Etat du siège du transporteur.

¹⁹ Pour des détails sur le problème de la validité formelle de la convention attributive de juridiction, v. H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements* ..., op. cit., p. 151 et s., n° 136 et s.; U. Magnus, P. Mankowski (coord.), *Brussels Ibis Regulation*..., op. cit., p. 634 et s., n° 88 et s.; v. aussi A. Oprea, „Eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție cuprinse în condițiile generale de afaceri – repere jurisprudențiale”, *RRDP*, 2016, en cours d'apparition.

11. Au-delà du domaine des transports maritimes, la solution a été confirmée encore par un arrêt de 2016, *Profit Investment SIM*²⁰, concernant une clause attributive de juridiction incluse dans un prospect d'émission des titres vendus sur les marchés financiers. Dans l'affaire, une banque allemande d'investissements, Commerzbank, a lancé sur le marché un programme d'émission d'obligations associées à un risque de crédit. La réglementation du programme d'émission, ainsi que les conditions économiques et légales des obligations étaient définies dans le prospect d'émission, préalablement approuvé par Irish Stock Exchange (Dublin, Irlande). La société Redi, intermédiaire de services financiers, a souscrit sur le marché primaire les titres en cause et les a cédés ensuite en partie, sur le marché secondaire, à la société Profit Investment. Suite à un incident de paiement lié à ces titres, la société Profit Investment est entrée en liquidation administrative forcée et le praticien de l'insolvabilité s'est adressé aux instances italiennes demandant l'annulation du contrat pour déséquilibre contractuel, l'absence ou l'insuffisance de la cause et la restitution du paiement fait pour la réalisation de l'acquisition. Puisque le prospect d'émission incluait une convention attributive de juridiction exclusive en faveur des instances anglaises, pour la résolution de tout litige résulté ou lié aux titres, Commerzbank a contesté la compétence des instances italiennes. Ces dernières ont adressé à la Cour de justice plusieurs questions préliminaires, dont une visait exactement le problème de savoir en quelle mesure la banque émettrice des titres avait la possibilité de se prévaloir de la convention d'élection de for incluse dans le prospect d'émission à l'encontre de l'investisseur qui a acquis les titres sur le marché secondaire, auprès de l'intermédiaire qui les a souscrit sur le marché primaire²¹.

12. La Cour distingue entre deux hypothèses particulières : l'efficacité de la clause sur la base du consentement donné par le souscripteur des titres sur le marché secondaire (lorsque le contrat signé mentionne l'acceptation de la clause ou inclut un renvoi exprès au prospect qui la contient), respectivement en absence d'un tel consentement. Seulement cette dernière représente un cas véritable d'efficacité à l'égard des tiers²² et c'est sur elle qu'on va s'y arrêter. Si le principe est celui de l'inopposabilité d'une convention non-acceptée, la Cour rappelle les exceptions admissibles en matière de connaissements et en matière sociétaire²³ et décide de suivre la même position en matière de contrats portant sur titres négociés sur le marché des capitaux : lorsque selon le droit national applicable l'acquéreur des titres sur le marché secondaire succède à l'intermédiaire dans le contrat de base, la clause attributive de juridiction stipulée dans le prospect d'émission lui sera opposable. Deux conditions sont encore ajoutées : la stipulation valable de la clause dans les rapports entre l'émetteur et l'intermédiaire financier et la possibilité de l'acquéreur de prendre connaissance du prospect qui contient la clause²⁴.

²⁰ CJCE, 20 avril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM SpA c. Stefano Ossi et alii*.

²¹ La question préjudicielle était formulée de la façon suivante : « *La condition tenant à la forme écrite de la clause de prorogation de compétence, énoncée à l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, peut-elle, ou non, être réputée remplie en cas d'insertion d'une telle clause dans le [prospectus] rédigé unilatéralement par l'émetteur d'un prêt obligataire, avec pour conséquence de rendre applicable la prorogation de compétence aux litiges nés avec tout acquéreur ultérieur de ces obligations quant à la validité de celles-ci ; ou peut-on, sinon, considérer que l'insertion de la clause de prorogation de compétence dans le document visant à réglementer un prêt obligataire destiné à connaître une circulation transfrontalière correspond à une forme admise par les usages du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du même règlement ?* ». La Cour de justice l'a reformulée et l'a sous-divisée en trois parties, dont une intéresse spécialement dans le contexte de cette analyse : « *Dans l'affaire au principal, la question qui se pose est de savoir si Commerzbank, émetteur des titres litigieux, peut opposer la clause attributive de juridiction incluse dans le prospectus à Profit, dernier souscripteur de ces titres, qui les a acquis par un contrat conclu avec Redi* » (par. 35 de l'arrêt).

²² Même si la Cour parle d'opposabilité (v. le par. 30 de l'arrêt : « *il appartiendra encore à cette juridiction de déterminer si le contrat signé entre Redi et Profit lors de la cession des titres sur le marché secondaire mentionne également l'acceptation de ladite clause ou comporte un tel renvoi. Si tel est le cas, cette même clause devra être considérée comme opposable à Profit* »), les effets de la clause vont se produire en raison du consentement donné ; Profit est tenu l'avoir acceptée et il n'est plus un véritable tiers en rapport avec ses rigneurs et bénéficiaires.

²³ V. *infra* l'arrêt CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89.

²⁴ Le dispositif de l'arrêt est formulé comme suit : « *une clause attributive de juridiction contenue dans un prospectus d'émission de titres obligataires rédigée par l'émetteur desdits titres peut être opposée au tiers qui a acquis ces titres auprès d'un intermédiaire financier, s'il est établi, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, d'abord, que cette clause est valide dans le rapport entre l'émetteur et cet intermédiaire financier, ensuite, que ledit tiers a, en souscrivant sur le marché secondaire les titres en cause, succédé audit intermédiaire dans les droits et les obligations attachés à ces titres en vertu du droit national applicable et, enfin, que le tiers concerné a eu la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause* ».

13. Vu la démarche casuistique suivie par la Cour, il se pose la question de savoir en quelles autres hypothèses particulières serait possible en pratique la transposition du raisonnement des arrêts *Tilly Russ, Castelletti, Coreck, Profit Investment*. Parce que la haute juridiction ne distingue pas, nous croyons qu'il est indifférent si la transmission de la position contractuelle du rapport qui inclut la clause attributive de juridiction intervient par l'effet de la loi ou conventionnellement²⁵. Egalement, il est indifférent si la transmission intervient à titre particulier ou, au contraire, est universelle ou à titre universel. Ainsi, lorsque l'une des parties au contrat qui inclut une clause attributive de juridiction décède, ses héritiers universels ou à titre universel sont par l'effet de la loi les continuateurs de sa personne et seront tenus par tous les droits et les obligations nés du contrat (à l'exception de ceux personnels ou *intuitu personae*), avec la conséquence de l'opposabilité de la clause. De façon similaire, lorsque par fusion ou division totale ou partielle, une personne morale, partie dans des différents contrats, transmet universellement ou à titre universel son patrimoine à une autre²⁶, cette dernière sera tenue et pourra se prévaloir des éventuelles conventions attributives de juridiction figurant dans les contrats conclus par la première, même si elle ne les a pas assumées personnellement.

14. La solution est plus délicate dans les cas des subrogations ou des cessions de créances, à propos desquelles pourra être discuté si, pour l'appréciation de l'efficacité de la convention attributive de juridiction incluse dans le contrat de base, la position à retenir est celle de la rémission au droit national applicable, pour la vérification de la transmissibilité des droits contractuels, ou, au contraire, la vérification sévère du consentement du tiers (subrogé/cessionnaire). Encore une fois, la Cour de justice a clarifié la situation, dans un *obiter dictum* du jugement *CDC Hydrogen Peroxide*²⁷, qui réaffirme la solution générale décrite plus haut²⁸. Dans l'affaire, un groupe de soixante-onze compagnies préjudiciées par les ententes monopolistes conclues par plusieurs entreprises du secteur des produits chimiques ont créé la société CDC qui avait pour objet d'activité le recouvrement des créances représentant leurs droits au dédommagement. Les créances correspondantes ont été cédées à la nouvelle société et dans les litiges subséquents s'est posé le problème de l'opérabilité, en rapport avec celle-ci, des conventions attributives de juridiction stipulées dans les contrats conclus entre les victimes du cartel et ses divers membres. Chargée à répondre à une question préliminaire relative au possible effet dérogoratoire de compétence des clauses litigieuses, la Cour a précisé qu'il est conditionné par leur opposabilité à la compagnie CDC, qui doit, à son tour, être appréciée tenant compte des solutions du droit national en la matière : „*ce serait uniquement dans le cas où, conformément au droit national applicable au fond, tel que déterminé en application des règles de droit international privé de la juridiction saisie, le tiers aurait succédé au contractant initial dans tous ses droits et obligations, qu'une clause attributive de juridiction à laquelle ce tiers n'a pas consenti pourrait néanmoins jouer à l'encontre de celui-ci*” (par. 65 du jugement)²⁹.

²⁵ V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements...*, op. cit., p. 178, n° 161.

²⁶ V. aussi l'arrêt *KA Finanz AG* du 7 avril 2016, C-483/14, dans lequel la Cour européenne de justice a précisé que la fusion entraîne, sans novation, la substitution de la société absorbante à la place de la société absorbée, comme partie à tous les contrats conclus par cette dernière.

²⁷ CJUE, 21 mai 2015, C-352/13, *CDC (Cartel Damage Claim) Hydrogen Peroxide*.

²⁸ Cette clarification était nécessaire surtout en raison de la perturbation de la solution de principe réalisée avec l'arrêt *Refcomp* (CJCE, 7 février 2013, C-543/10), qui sera analysé dans la section suivante ; v. S. Bollée, “La non-circulation des clauses attributives de juridiction dans les chaînes communautaires de contrats”, *Recueil Dalloz*, 2 mai 2013, n° 16, p. 1110 et s., sp. p. 1112.

²⁹ Dans le cas d'une cession de créance, le tiers cessionnaire aura toujours la qualité de demandeur dans l'éventuel litige avec le débiteur cédé et s'il voudra, il pourra se prévaloir de la convention attributive de juridiction du contrat de base à l'encontre du débiteur cédé ; ce dernier a accepté, pour les litiges occasionnés par ledit contrat, la dérogation aux règles légales de compétence et ne devrait pas pouvoir revenir sur son engagement. En revanche, la solution pour l'hypothèse inverse – obliger le cessionnaire de supporter les rigueurs de la clause attributive de juridiction assumée par le cédant – n'est pas tout aussi évidente. Comme la créance se transfère avec tous ses accessoires et modalités, la convention attributive de juridiction devrait se transmettre elle aussi. La doctrine roumaine ne résout pas le problème de façon tranchante, mais une réponse affirmative favorable transparait indirectement chez certains auteurs : par exemple, dans l'ouvrage *Noul Cod civil, Comentariu pe articole*, CH Beck, 2012, coord. F.A. Baia, dans ses observations sous les articles 1566 et 1588 C. civ., C. Roşianu précise que „*similairement à la subrogation, la cession modifie l'élément actif du rapport d'obligations*” (p. 1671, pt. 12) et que par la cession sont transmises aussi toutes les actions dont était titulaire le cédant, offrant ensuite un exemple tiré de la jurisprudence canadienne, relatif à la transmissibilité d'une clause compromissoire comme accessoire du droit à l'action transmis avec la créance (p. 1673-1674, n° 3-5). La jurisprudence anglaise retient une position similaire ; v. Z.S. Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, Routledge, 2014, p. 133, qui cite les arrêts *Firwood Lea v. Petra Bank* [1996, CLC 608], *Glencore International AG v. Metro Trading International* et *Metro Trading International v. Itochu Petroleum* [2000, ILPr 358], dans lesquels les instances britanniques ont considéré que le tiers (le cessionnaire) a le même statut que

3. Efficacité de la convention attributive de juridiction dans les chaînes translatives de propriété

15. Une discussion proche peut surgir lorsque la convention attributive de juridiction figure dans un contrat qui fait partie d'une chaîne plus ample de contrats translatifs de propriété et concerne l'admissibilité du jeu de celle-ci à l'égard des personnes de cette chaîne, qui ne l'ont pas expressément assumée. Le problème a fait l'objet d'une question préliminaire dans l'affaire *Refcomp*, tranchée en 2013³⁰. En fait, la société italienne Refcomp, producteur de compresseurs pour des climatiseurs, a vendu ses produits à une autre société italienne (Climaveneta), le contrat incluant une clause qui donnait compétence aux juridictions italiennes. Les produits assemblés par Climaveneta ont été vendus à des clients français qui, constatant des défauts, ont initié à travers leurs assureurs des litiges en France. Invoquant la clause attributive de juridiction incluse dans le contrat de base, Refcomp a contesté la compétence des instances françaises jusque devant la Cour de cassation, qui a saisi la Cour de justice avec une question préjudicielle³¹.

16. La réponse offerte par la Cour est négative : la convention attributive de juridiction incluse dans le contrat entre le producteur et le premier l'acheteur ne peut pas produire des effets entre le producteur et l'acheteur final (un sous-acquéreur), dans une chaîne de contrats translatifs de propriété ; en principe, le tiers ne peut pas être tenu par une clause attributive de juridiction qui figure dans un autre contrat que celui qu'il a signé. Analysant les conditions de fond pour l'efficacité de la convention attributive de juridiction, la Cour relève que, même si le règlement prévoit une seule exigence – celle que la clause concerne un rapport de droit déterminé-, toutefois l'article 23 (l'actuel article 25 du règlement 1215/2015) est applicable seulement lorsque la compétence revient à une instance « convenue » par les parties ; la vérification du consentement des personnes intéressées est ainsi essentielle dans le cadre de la réglementation légale et la convention attributive de juridiction ne peut produire des effets qu'entre des personnes qui en ont donné leur consentement à la conclusion du contrat³². Or, vu que dans des litiges plus anciens la Cour avait décidé qu'entre le fabricant et le sous-acquéreur il n'y a pas une liaison contractuelle, il ne peut être considéré que ceux-ci sont « convenus » pour que la juridiction compétente à connaître les litiges entre le fabricant et le premier acheteur soit aussi compétente pour trancher l'action en responsabilité introduite par le sous-acquéreur contre le fabricant³³. La solution s'inscrit ainsi dans la ligne antérieurement retenue par

le porteur du connaissance et il devrait être tenu par la clause attributive de juridiction assumée par le cédant. La solution pourra être comprise à travers les particularités du droit anglais qui considère que le cédant ne peut pas se trouver dans une position meilleure que celle du cédant, lorsqu'il se subroge dans ses droits (ainsi que les obligations du cédant, découlant du contrat de base, seront-elles aussi transférées au cessionnaire) – Z.S. Tang, *Ibidem*. Dans le cas de la subrogation intervient un transfert de la créance avec tous ses accessoires et modalités, avec ses caractères et ses vices ; avec le paiement, le *solvens* (payeur subrogé) se substitue au créancier payé dans le rapport initial d'obligations, qui ne s'éteint pas. Il reprend du créancier tous les droits et les actions contre le débiteur et peut s'en prévaloir ; corrélativement, le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions ou les moyens de défense qu'il avait contre le créancier initial –v. P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații...*, *op. cit.*, p. 47. En ces conditions, une clause attributive de juridiction valablement assumée dans les rapports entre le créancier et le débiteur pourra opérer aussi dans les rapports entre le payeur subrogé et le débiteur - dans ce sens, v. aussi H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements...*, *op. cit.*, n° 161, p. 179 et la jurisprudence française citée.

³⁰ CJCE, 7 février 2013, C-543/10, *Refcomp*, Note par D. Bureau, Rev. crit. DIP, 2013, p. 710.

³¹ Cette question préliminaire était formulée comme suit : „Une clause attributive de juridiction, qui a été convenue, dans une chaîne communautaire de contrats, entre un fabricant d'une chose et un acheteur en application de l'article 23 du règlement [...] produit-elle ses effets à l'égard du sous-acquéreur et, dans l'affirmative, sous quelles conditions?”.

³² La Cour ne pose pas le problème en termes d'efficacité ou d'opposabilité de la convention à l'égard des tiers ; cela aurait supposé, probablement, un raisonnement similaire à celui retenu en matière de connaissances : la vérification de la transmissibilité de l'action contractuelle prévue dans le premier contrat à un sous-acquéreur, selon la loi applicable à celui-ci, et ensuite l'application d'une règle matérielle spécifique de validité. Toutefois, la Cour simplifie le raisonnement, renonçant à la consultation du droit national. Elle décide que le problème concerne l'interprétation de la notion « convention attributive de juridiction » et l'accent tombe sur l'exigence du consentement, l'une des peu exigences substantielles prévues par le texte légal, qui détermine ainsi la solution finale. Or, la validité et l'opposabilité sont normalement deux étapes du raisonnement, que la Cour les comprime ; la solution diffère donc de celle de l'arrêt *Tilly Russ*, où les deux aspects ont été clairement mis en évidence.

³³ Même si dans son opinion, l'avocat général N. Jaaskinen soutenait que les solutions relatives aux contours de la matière contractuelle ne devraient pas avoir d'incidence sur l'interprétation de l'article 23 du règlement 44/2001 (pt. 63 des conclusions), la Cour lie la problématique de l'efficacité de la convention attributive de juridiction des contours de la matière contractuelle : puisque le sous-acquéreur et le fabricant ne sont pas liés par un lien contractuel, ils ne peuvent pas être considérés avoir convenu la juridiction compétente (de sorte que la convention de choix de la juridiction compétente introduite par le fabricant dans le contrat conclu avec le premier acheteur ne peut pas opérer à l'encontre des autres parties de la chaîne contractuelle). Avec cela, la Cour semble toutefois

la Cour pour ce qui est des contours de matière contractuelle (qui suppose un engagement librement assumé d'une partie envers l'autre³⁴), l'argument avancé étant que, dans les contrats translatifs de propriété, le rapport de succession entre l'acheteur initial et celui final ne s'analyse pas comme la transmission d'un contrat unique, avec l'intégralité des droits et des obligations y prévus³⁵.

17. La Cour se déporte de la solution des arrêts *Tilly Russ* et *Coreck*, en matière de connaissances : elle invoque la diversité des positions retenues dans les législations nationales sur la relation entre le fabriquant et l'acquéreur final des marchandises et considère qu'un éventuel renvoi à celles-ci conduirait à des solutions divergentes dans les Etats membres en ce qui concerne l'opposabilité de la clause, résultat qui contrevient à l'objectif de l'application et de l'interprétation uniforme du règlement et accroît l'incertitude pour les personnes intéressées³⁶.

18. Au-delà des possibles critiques³⁷, la solution essaye de tenir compte de la spécificité d'une chaîne de contrats translatifs ; celle-ci suppose plusieurs rapports de droit distincts, successifs, et l'admissibilité de l'efficacité de la convention d'élection de for prévue par le premier à l'égard des autres, pas encore nés et indéterminés au moment de la stipulation de la convention, serait contraire au texte légal, qui parle du jeu de clause dans les litiges relatifs à un rapport de droit déterminé. La Cour de justice promeut une règle matérielle inspirée par le souci d'assurer un équilibre entre les intérêts contradictoires des intervenants dans une chaîne de contrats, du point de vue de la prévisibilité. L'inopposabilité de la clause protège, évidemment, les intérêts du sous-acquéreur final ; elle est toutefois de nature à soutenir la multiplication du contentieux devant des instances différentes ou l'orientation des parties vers l'arbitrage. En fait, parce qu'en ce domaine les solutions retenues par les ordres juridiques étatiques en ce qui concerne l'opposabilité des conventions d'arbitrage sont différentes de celles promues par la Cour européenne de justice³⁸, si la divergence va persister, l'orientation vers la justice privée des opérateurs désireux d'un plus d'efficacité et de prévisibilité dans la résolution des litiges va devenir de plus en plus fréquente.

19. Le refus de la Cour de suivre la même démarche que celle des affaires *Tilly Russ*, *Castelletti* ou *Coreck*, considérée pour long temps le principe à suivre y compris au-delà du domaine maritime³⁹, soulève le problème des solutions qui devraient être retenues dans le futur pour des domaines proches. Selon nous, l'argument avancé dans l'arrêt *Refcomp* (l'absence de lien contractuel direct) pourrait être utilisé aussi dans les affaires concernant l'opposabilité d'une convention attributive de juridiction figurant dans un contrat à l'égard du tiers auquel une action directe est reconnue à l'encontre de l'une des parties contractantes⁴⁰. Puisque en discussion sont deux rapports de droit distincts (A-B; B-C) et le tiers créancier (C) exerce un droit propre à l'encontre du débiteur

omettre que, selon le texte légal, la convention attributive de juridiction peut être prévue pour tout litige concernant « un rapport de droit déterminé », ce qui inclut aussi les litiges en matière extracontractuelle. La solution intermédiaire – qui affirme l'efficacité de la convention attributive de juridiction à l'égard du tiers qui ne l'a pas accepté expressément lorsque, selon le droit applicable, ce tiers a succédé dans les droits et les obligations de l'une des parties contractantes (solution retenue dans les arrêts *Tilly Russ*, *Castelletti*, *Coreck*, *Profit Investments*) – aurait apporté un plus de cohérence dans la jurisprudence et aurait évité ce type de critiques.

³⁴ CJCE, 17 juin 1992, C-26/91, *Jakob Handte*; CJCE, 27 octobre 1998, C-51/97, *Réunion européenne*.

³⁵ V. l'arrêt *Refcomp*, par. 37: „Dans une telle hypothèse [chaîne de contrats translatifs], les obligations contractuelles des parties peuvent varier d'un contrat à l'autre, de sorte que les droits que le sous-acquéreur peut faire valoir à l'encontre de son vendeur immédiat ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux que le fabricant a assumés dans ses relations avec le premier acheteur”.

³⁶ L'arrêt *Refcomp*, par. 38-39.

³⁷ V. spécialement S. Bollée, « La non-circulation des clauses... », *op. cit. supra*; D. Bureau, *Note citée supra*.

³⁸ Par exemple, en 2001, la Cour de Cassation française affirmait que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle, sauf dans les cas où son existence était raisonnablement ignorée - Cass. Fr., 6 février 2001, *Peavy* (v. Ph. Delebecque. « La circulation de la clause d'arbitrage toujours plus fluide ». *D.*, 2001, p. 1135; D. Cohen, *Rev. Arb.*, 2001, n° 4, p. 765; J. Moury, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, 2746). La position a été confirmée et étendue dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, du 27 mars 2007, *ABS* : „dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne”. Dans le même sens, v. aussi Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 2010. En matière d'arbitrage, la solution est justifiée sur le fondement de la règle de l'accessoire : la convention d'arbitrage se transmet comme accessoire de l'action contractuelle ; ni dans l'arrêt de 2007, ni ultérieurement, la Cour n'a plus distingué entre les chaînes homogènes et hétérogènes de contrats, et n'a plus réitéré l'exception de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause par le sous-acquéreur.

³⁹ V. S. Bollée, « La non-circulation des clauses attributives de juridiction dans les chaînes communautaires de contrats », *D.* 2 mai 2013, n° 16, p. 1110 et s., sp. p. 1112.

⁴⁰ V. article 1807 C.civ. (action directe du propriétaire contre le sous-locataire), article 1856 C.civ. (action directe des salariés du maître d'ouvrage contre le bénéficiaire), article 2023 C.civ. (action directe du mandant contre la personne que le mandataire s'est substitué).

de son débiteur (A), la clause attributive de juridiction relative à l'un de ces rapports ne devrait pas pouvoir être opposée à la personne qui ne l'a pas expressément approuvée. De même, de façon similaire pourrait être résolue la question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction incluse dans un contrat à l'égard du tiers qui a garanti l'exécution des obligations afférentes; la problématique ne concerne pas tant la « transmission » de la clause, mais l'extension de son domaine d'opérabilité à d'autres contrats que celui qui la contient et, en absence d'une acceptation expresse dans l'une des formes prévues par le législateur dans l'article 25 du règlement, celle-ci ne pourra pas jouer dans les rapports entre le créancier et le tiers garant⁴¹.

4. Convention attributive de juridiction incluse dans un contrat qui prévoit une stipulation pour autrui

20. La troisième hypothèse factuelle abordée par la Cour de justice concerne les conventions attributives de juridiction incluses dans des contrats qui prévoient des stipulations pour autrui, et la question afférente concerne leur efficacité à l'égard du bénéficiaire de la stipulation.

21. La discussion peut apparaître fréquemment en matière de contrats d'assurance, conclus en faveur d'un tiers (assuré/tiers bénéficiaire)⁴², qui n'a pas extériorisé son consentement à la clause dans l'une des modalités formelles prévues par l'article 25 du règlement. Le problème de savoir si ce tiers, demandeur ou défendeur, peut se prévaloir directement à l'encontre de l'assureur d'une telle convention attributive de juridiction incluse dans un contrat qu'il ne l'a pas signé, pour que le litige soit tranché par une juridiction qui lui convient, a fait l'objet d'une question préliminaire dans l'arrêt *Gerling Konzern*, rendu par la Cour de justice en 1983⁴³. Dans l'affaire, le contrat conclu entre l'assureur et le preneur d'assurance incluait une stipulation claire en faveur du bénéficiaire⁴⁴.

22. La Cour a été ferme ; formulant une règle matérielle de droit européen, elle a considéré que dans l'hypothèse en discussion le contrat permettait au bénéficiaire de se prévaloir de toutes ses clauses, y compris celle relative à la résolution des litiges, de sorte que la convention attributive de juridiction valablement stipulée entre les parties de ce contrat était opposable au promettant. La Cour n'a pas exigé que le bénéficiaire l'ait accepté expressément, dans l'une des formes retenues par le texte légal, à condition qu'elle ait été valablement prévue dans le rapport entre les parties au contrat de base (par. 20)⁴⁵.

23. La solution particulière, qui évite le renvoi au droit national, peut facilement être comprise dans le contexte des règles européennes qui prévoient expressément que l'assuré tiers au contrat peut bénéficier de la clause attributive y incluse. Dans son argumentation, la Cour s'est référée au système

⁴¹ V. C. Gohlen, *op. cit.* (étude II), n°9, avec des références directes au cautionnement et citant, dans la note de bas de page, des solutions jurisprudentielles françaises en matière de clauses compromissaires.

⁴² Pour ces contrats, le point de départ est que le preneur d'assurance n'agit pas comme un simple représentant de l'assuré ou du bénéficiaire ; en cas de représentation, ces derniers sont tenus directement par le contrat, avec toutes ses dispositions, y compris la clause attributive de juridiction, même s'ils n'en ont pas donné personnellement le consentement.

⁴³ CJCE, 14 juillet 1983, aff. 201/82, *Gerling Konzern c/ Amministrazione del Tesoro dello Stato*, concernant des contrats d'assurance relatifs à l'activité de transport routier de marchandises en régime TIR. Pour faciliter la libre circulation des opérateurs TIR, les organismes nationaux affiliés auprès d'International Road Transport Union garantissaient les amendes et les taxes dues par ceux-ci dans différents pays, étant en cette qualité les bénéficiaires des assurances souscrites par IRU ; dans l'affaire, l'Administration des Douanes italiennes, successeur en droits d'Ente Autotrasporti Merci (l'organisme national spécifique), a sollicité le paiement de certaines sommes liées aux transports mentionnés et, se prévalant de la clause attributive de juridiction qui figurait dans le contrat d'assurance, a agi directement contre la compagnie allemande Gerling Konzern, assureur de l'IRU, devant les juridictions italiennes. La compétence de ces juridictions et l'opérabilité de la clause ont été toutefois contestées, car EAM n'était pas partie dudit contrat, ainsi que la Cour de justice a été saisie avec une question préliminaire, formulée comme suit : „En cas de contrat dument signé par les parties contractantes et stipulé, par l'une d'elles, pour elle-même et pour autrui, la convention dérogatoire de compétence, fixée par ce contrat et se référant à des litiges susceptibles d'être soulevés par les bénéficiaires de la stipulation, satisfait-elle également au profit de ces derniers, à la condition de la forme écrite requise à l'article 17 de la convention de Bruxelles ?”

⁴⁴ La clause était rédigée comme suit : „En cas de différend entre le pool (d'assureurs) et une des organisations nationales, ces dernières auront le droit de réclamer une procédure devant le tribunal compétent du pays où elles ont leur siège, pour l'application du droit de ce pays”.

⁴⁵ Les exigences de forme prévues par l'article 25 du règlement pour la validité de la clause attributive de juridiction recevront application aussi en ce qui concerne les contrats d'assurance ; seulement le stipulant et le promettant devront donner leur consentement par écrit, verbalement avec confirmation écrite ou dans une forme conforme à une pratique établie entre eux ou à un usage connu dans la branche du commerce international dans laquelle ils opèrent.

et aux objectifs de la Convention de Bruxelles (repris par les règlements qui lui ont succédé). D'un côté, la fonction des formes de l'article 17 de la Convention (actuel article 25 du règlement 1215/2012) est celle de garantir le consentement des parties, manifesté de façon claire, précise et effective ; toutefois, le texte légal n'a pas ni pour objet, ni pour effet d'imposer les mêmes exigences au tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui (par. 14). D'un autre côté, une attention particulière est accordée aux normes spéciales de compétence en matière de contrats d'assurance. L'article 12 de la Convention (qui prévoit la possibilité de la conclusion du contrat au bénéfice d'un tiers) serait vidé de substance s'il était imposé à l'assuré ou au bénéficiaire d'assumer matériellement la clause de prorogation de juridiction stipulée en leur bénéfice⁴⁶; cette souscription représenterait une contrainte inutile et parfois irréalisable, ceux-ci n'étant pas parfois connus au moment de la conclusion du contrat⁴⁷. L'esprit du texte serait contredit si une telle souscription serait imposée : les tiers au contrat d'assurance, *„même s'ils n'ont pas expressément souscrit la clause de prorogation de compétence, peuvent s'en prévaloir, des lors qu'il a été satisfait à la condition de forme écrite, prévue par l'article 17 de la convention, dans les rapports entre l'assureur et le preneur d'assurance, et que le consentement de l'assureur s'est manifesté clairement à cet égard"*. La conséquence est que l'absence de la signature de la police d'assurance par le bénéficiaire ne prive pas la clause attributive de juridiction de son efficacité, lorsque ce dernier veut se prévaloir de ses effets.

24. Même si dans l'affaire la question préliminaire visait le problème de l'efficacité générale d'une convention attributive de juridiction dans un contrat qui contient une stipulation pour autrui, la réponse de la Cour a été limitée à une seule catégorie de tels contrats – les contrats d'assurance. Bien qu'inspirés parfois par la spécificité des réglementations en la matière, les arguments utilisés par la Cour – spécialement celui du consentement du promettant à se présenter devant la juridiction élue – sont facilement généralisables, de sorte que l'extension de la solution y compris au-delà de ce domaine particulier nous semble possible.

25. Un problème plus délicat est celui de savoir si le promettant peut lui-aussi se prévaloir de la clause à l'encontre du tiers bénéficiaire du contrat. La réponse offerte par la Cour européenne de justice dans l'arrêt *Pelloux c. Axa*⁴⁸ est négatif. Dans l'affaire, la compagnie belge Recticel a conclu avec plusieurs sociétés belges d'assurances un contrat d'assurance de groupe (police *umbrella*), par lequel ses filiales étaient couvertes par la police et désignées en tant que bénéficiaires; le contrat incluait une convention attributive de juridiction en faveur des instances de l'Etat de domicile de la compagnie Recticel (Belgique). Etant poursuivie en justice en France, la société SFIP, filiale de Recticel, a appelé en garantie les co-assureurs belges (Axa Belgium, Zurich Assurances, AIG, Fortis et Gerling), mais ceux-ci ont contesté la compétence des instances françaises à leur égard, invoquant la convention attributive de juridiction qui figurait dans le contrat d'assurance de groupe. Les juges français ont saisi la Cour de justice avec une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 12.3 de la Convention de Bruxelles⁴⁹.

26. La réponse offerte par celle-ci est suffisamment claire : *„...une clause attributive de juridiction, stipulée conformément à l'article 12, point 3, de la convention de Bruxelles, n'est pas opposable à l'assuré bénéficiaire de ce contrat qui n'a pas expressément souscrit à ladite clause..."*⁵⁰.

⁴⁶ Par ailleurs, le texte légal, inspiré par l'objectif de la protection de la partie vulnérable face au pouvoir économique et social de l'assureur, précise expressément les conditions que doivent être remplies par la convention de choix de la juridiction compétente dans les contrats d'assurance, et l'acceptation de celle-ci par le bénéficiaire ne figure pas parmi elles.

⁴⁷ V. spécialement les observations écrites de la Commission européenne : *« ...si la condition de la forme écrite mentionnée par l'article 17 devrait être interprétée dans le sens de l'obligation de l'assuré ou du bénéficiaire d'assumer matériellement la clause de prorogation stipulée en leur faveur pour pouvoir se prévaloir d'elle, l'article 12 serait vidé de contenu et ses finalités paralysées ».*

⁴⁸ CJCE, 12 mai 2005, C-112/03, *Soc. Pelloux c/ Axa*.

⁴⁹ La question préliminaire était formulée comme suit : *« L'assuré bénéficiaire d'un contrat d'assurance pour compte conclu entre un preneur d'assurance (souscripteur) et un assureur qui sont tous deux domiciliés dans le même État membre peut-il se voir imposer la clause attributive de compétence aux juridictions de cet État, alors qu'il n'a pas personnellement approuvé cette clause, que le dommage est survenu dans un autre État membre et qu'il a également mis en cause, devant la juridiction de cet État, des assureurs domiciliés dans ce même État? »*

⁵⁰ V. aussi le Rapport Schlosser (P. Schlosser, *Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice* (signé à Luxembourg, 9 Octobre 1978), disponible sur www.eur-lex.europa.eu, n° 148, p. 118, où il est précisé qu'*« une clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat d'assurances ne peut pas créer des obligations à l'égard des tiers »*.

Les arguments apportés par la Cour sont inspirés par le spécifique des règles en matière de contrat d'assurance, centrées sur l'objectif de la garantie d'une protection juridictionnelle aux parties vulnérables du point de vue économique (le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire)⁵¹; les effets néfastes qu'aurait sur celles-ci l'admissibilité de l'efficacité de la clause attributive de juridiction (la privation de la possibilité de s'adresser aux instances de l'Etat de survenance du fait préjudiciable ou de leur domicile) sont incompatibles avec cet objectif, de sorte que la solution limitative est préférée⁵².

27. Cette solution mérite à être accueillie avec des réserves. Puisque le litige survient après la réalisation du sinistre et n'intéresse pas le preneur d'assurance qui n'est pas aussi assuré, la clause attributive de juridiction figurant dans le contrat d'assurance arrive à être privée en pratique de toute utilité pour l'assureur ; or, ce résultat est loin de celui poursuivi par les rédacteurs des textes⁵³. Aussi, l'argumentation de la Cour, inspirée par le désir de protéger la volonté des parties vulnérables dans les contrats d'assurance, n'est pas nécessairement convaincante⁵⁴. En ces conditions, il n'est pas évident que la solution devrait être acceptée comme la règle générale concernant le régime des conventions attributives de juridiction incluses dans des engagements qui prévoient des stipulations pour autrui, au-delà de ce cadre spécifique. Normalement, le promettant peut opposer au bénéficiaire des exceptions fondées sur le contrat qui inclut la stipulation⁵⁵; or, comme la présence d'une clause attributive de juridiction réalise une circonscription ou une modalisation des engagements assumés par le promettant avec le contrat de base, et le tiers bénéficiaire a la liberté d'accepter ou non le droit ainsi modalisé, le jeu de la clause attributive de juridiction à son égard devrait être admis. Une telle interprétation permettrait par ailleurs un plus de cohérence dans les solutions : l'efficacité de la clause attributive de juridiction serait reconnue sans distinguer (sans juste raison) selon que le bénéficiaire de la stipulation veut l'invoquer ou, au contraire, éviter son application. Elle apporterait aussi un plus de certitude juridique pour le promettant et répondrait aussi à ses attentes légitimes.

5. La convention attributive de juridiction figurant dans les actes constitutifs d'une société

28. L'opposabilité d'une convention attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif d'une société à l'égard de tous les actionnaires de celle-ci s'inscrit elle aussi dans la problématique du thème abordée. La question a été soumise à l'analyse de la Cour de justice dans l'affaire *Powell Duffryn*⁵⁶, dans un litige qui opposait l'administrateur judiciaire de la société allemande IBH Holding, en procédure collective, à l'un de ses associés (la société anglaise Powell Duffryn), au sujet de la restitution des dividendes reçu par cette dernière sans avoir payé intégralement les actions souscrites. Sur la base de la convention attributive de juridiction figurant dans les actes constitutifs de la société IBH, y introduite suite à une assemblée générale à laquelle la société Powell Duffryn avait participé, le litige a été commencé en Allemagne, l'Etat de son siège social; parce que Powell Duffryn a contesté l'efficacité de celle-ci, plusieurs questions préliminaires ont été adressées à la Cour de justice relatives à l'interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (le nouveau article 25 du règlement 1215/2012), eu égard les faits de l'affaire⁵⁷.

⁵¹ V. l'arrêt *Soc. Pelloux c/ Axa*, par. 30-31.

⁵² Implicitement, il peut être toutefois déduit que lorsque l'assuré bénéficiaire a accepté lui-même la convention attributive de juridiction, celle-ci peut opérer contre lui.

⁵³ V. Heuzé, *Note* sous l'arrêt *Pelloux c/ Axa*, *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 762 et s., sp. p. 766.

⁵⁴ D'un côté, la haute juridiction ignore que le tiers bénéficiaire dans l'affaire n'était pas partie au contrat, de sorte que l'assureur n'a pas profité de sa position de force pour lui imposer la clause et, d'un autre côté, ne se préoccupe pas de la situation réelle de ce bénéficiaire (une société commerciale), généralisant et appréciant qu'il doit être protégé comme tel. Or, cela n'est pas nécessairement toujours évident, car le texte légal se préoccupe attentivement de l'équilibre entre l'objectif de protection des parties faibles et le domaine des grands risques, délimités en fonction du secteur d'activité du preneur d'assurance ou de la dimension de son entreprise et pour ces derniers l'efficacité des clauses attributives de juridiction est admise de façon inconditionnelle.

⁵⁵ V. dans le droit interne l'article 1288 du Code civil.

⁵⁶ CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89.

⁵⁷ Cette question préliminaire était formulée comme suit : „*La disposition figurant dans les statuts d'une société anonyme, en vertu de laquelle l'actionnaire, en souscrivant ou en acquérant des actions, se soumet à la juridiction dont relève ordinairement la société pour tous les différends avec la société ou avec ses organes, constitue-t-elle une convention attributive de juridiction conclue entre*

29. Le premier aspect discuté a été le fait de savoir si les stipulations de l'acte constitutif d'une société représentent ou non des « conventions » au sens du texte légal. Parce que la relation entre les associés et la société n'est pas qualifiée dans tous les Etats membre de façon similaire (certains privilégiant la qualification contractuelle et d'autres celle institutionnelle), la Cour a affirmé que, en vue d'assurer l'interprétation uniforme du règlement et l'égalité et l'uniformité en droits et obligations dans le système de la Convention/du règlement, une position européenne, autonome, serait souhaitable en la matière. Tout comme dans l'interprétation de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles / du règlement 44/2001 (devenu article 7.1 du règlement 1215/2012)⁵⁸, elle retient la qualification contractuelle de l'acte constitutif (par. 16-20): „pour l'application de la Convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre les actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent”. Parce qu'ainsi les liens entre la société et ses actionnaires sont assimilés à ceux qui surgissent entre les parties à un contrat, la conséquence est qu'une convention attributive de juridiction figurant dans les actes constitutifs est considérée une convention au sens du droit européen, obligatoire pour tous les actionnaires et pleinement efficace⁵⁹. La Cour précise expressément que sont indifférents le moment de l'entrée de l'associé dans la société (antérieurement ou postérieurement à l'introduction de cette convention dans les actes constitutives), les modalités de cette entrée (par l'effet de l'apport initial, par la participation à la majoration du capital social, par l'achat d'actions) ou la position éventuelle de cet associé dans l'assemblée générale qui a fait introduire la stipulation dans les actes constitutifs (vote affirmatif ou négatif). La convention attributive de juridiction figurant dans les actes constitutifs est une convention attributive de juridiction valablement stipulée au sens du règlement et produira ses effets non seulement à l'égard des fondateurs, mais des tous les associés, y compris ceux qui sont entrés dans la société à un moment ultérieur à la constitution et y compris ceux qui ont voté contre ou se sont abstenus de voter la décision de l'assemblée générale de modification de ces actes (et de stipulation de la convention litigieuse). La Cour se concentre sur le problème du consentement, et son présence est argumentée par le fait que, sur la base de la loi qui gouverne les rapports de droit sociétaire, l'actionnaire est tenu par les dispositions de l'acte constitutif et des décisions de l'assemblée générale, même si concrètement il n'a pas participé à leur adoption ou même s'il s'en est opposé. Du point de vue formel, deux exigences minimales doivent aussi être respectées: les actes constitutifs qui contiennent la convention attributive de juridiction doivent être rédigés par écrit et doivent être gardés disponibles soit dans un registre public, soit dans un lieu accessible aux actionnaires⁶⁰.

6. Conclusions

30. Avec son intervention en matière d'opposabilité de conventions attributives de juridiction, la Cour européenne de justice a développé des solutions particulières, parfois différentes de celles rencontrées dans les systèmes de droit nationaux. Au-delà de la complexité inhérente, ce qui suscite des difficultés est le fait que les réponses offertes par la Cour ne s'inscrivent pas toujours dans les mêmes matrices, elles étant argumentées contextuellement et parfois de façon sommaire ; ainsi, la

l'actionnaire et la société au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles ? (Cette question appelle-t-elle une réponse différente selon que l'actionnaire souscrit lui-même des actions à l'occasion d'une augmentation de capital ou acquiert des actions déjà existantes ?)

⁵⁸ V. CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82, *Martin Peters c. ZNAV* : „les obligations ayant pour objet le versement d'une somme d'argent et trouvant leur fondement dans le lien d'affiliation existant entre une association et ses adhérents relèvent de la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, alinéa 1, de la Convention [...]. Il est indifférent, à cet égard, que les obligations en question découlent directement de l'adhésion ou résultent tout à la fois de celle-ci et d'une ou plusieurs décisions arrêtées par des organes de l'association” (dispositif).

⁵⁹ Discutant le problème de la validité formelle de la clause, la Cour distingue la situation des actionnaires de celle des parties à un contrat complété avec des conditions générales d'affaires (par. 25): les actes constitutifs sont toujours rédigés par écrit et représentent l'instrument de base qui règlemente les rapports entre les actionnaire et la société ; indépendamment de la modalité d'acquisition des titres, toute personne qui acquiert la qualité d'actionnaire sait qu'elle sera tenue par l'acte constitutif et les modifications subséquentes, réalisées en accord avec la *lex societatis* (par. 17-18).

⁶⁰ Ces exigences sont subsumées au désir de vouloir assurer des standards minimaux relatifs au consentement des parties à l'encontre desquelles la clause est invoquée, mais avec la large opérabilité de celle-ci, le résultat final s'éloigne de l'objectif de l'effectivité du consentement, tant fréquemment évoqué par la jurisprudence antérieure – v. H. Gaudemet-Tallon, *Note* sous l'arrêt, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 528, sp. p. 537.

résolution par analogie des cas qui n'ont lui été pas encore soumis est accompagnée parfois de signes de question. Tout aussi problématique apparaît l'absence de toute règle en la matière au sein de règlement : si ce que se veut est un minimum d'uniformité dans son application et dans l'interprétation des conventions attributives de juridiction au sein de l'espace européen dans les litiges internationaux, le fait de ne pas consacrer par voie législative la solution de principe retenue dans la matière – la rémission à la loi qui gouverne la transmissibilité de l'obligation pour établir si la clause attributive de juridiction qui l'accompagne est elle-aussi transmissible – peut être vu comme un minus majeur de l'actuelle réglementation, car la connaissance fidèle de la jurisprudence de la Cour de justice peut s'avérer une réelle provocation pour tous ceux intéressés.

Reconnaissance

La présente étude a été réalisée avec le support financier de l'Université Babeş-Bolyai, à travers le Grant de recherche « L'efficacité des conventions attributives de juridiction dans l'espace européen » (GTC – 31804/2016).

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

1. F.A. Baias (coord.), *Noul Cod civil, Comentariu pe articole*, CH Beck, 2012.
2. G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, 2012.
3. D. Bureau (coord.), *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014.
4. R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ Lextenso, 2012.
5. A. Circa, *Relativitatea efectelor convențiilor*, UJ, 2009.
6. F. Ferrari, F. Ragno (coord.), *Cross border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea ?*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.
7. H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Matières civile et commerciale*, 5^e éd., LGDJ, 2015.
8. U. Magnus, P. Mankowski (coord.), *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, Otto Schmidt, 2016.
9. P. Vasilescu, *Privire asupra principiului relativității efectelor actului juridic de drept privat*, thèse de doctorat, Cluj-Napoca, 2001.
10. P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații – în reglementarea Noului Cod civil*, Hamangiu, 2012.
11. Z.S. Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, Routledge, 2014

Articles et études de spécialité

1. A. Oprea, « Eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție cuprinse în condițiile generale de afaceri – repere jurisprudențiale », RRDP, 2016, en cours de parution.
2. C. Derache, « La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats », JCP E, 2012,
3. C. Gohlen, « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », Procédures, mai 2008, étude n° 5, p. 5-11, et juin 2008, étude n° 6,
4. D. Bureau, *Note sous l'arrêt Refcomp*, Rev. crit. DIP, 2013,
5. H. Gaudemet Tallon, *Note sous l'arrêt Tilly Russ*, Rev. crit. DIP, 1985,
6. H. Gaudemet-Tallon, *Note sous l'arrêt Castelletti*, Rev. crit. DIP, 1999,
7. H. Gaudemet Tallon, *Note sous l'arrêt Powell Duffryn*, Rev. crit. DIP, 1992,
8. J. Moury, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.*, 2002,
9. M. Oudin, « Un droit européen (...) pour quel contrat? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », RIDC, vol. 59, n° 3, 2007,
10. N. Dorandeu, « La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé », JDI, 2002,
11. P. Schlosser, *Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (signed at Luxembourg, 9 October 1978)*.
12. Ph. Delebecque, « La circulation de la clause d'arbitrage toujours plus fluide », *D.*, 2001,
13. Q. Forner-Delaygua, « Changes to jurisdiction based on exclusive jurisdiction agreements under the Brussels I Regulation Recast », *J. of PIL*, 2015,

14. S. Bollée, « La non-circulation des clauses attributives de juridiction dans les chaînes communautaires de contrats », *Recueil Dalloz*, 2 mai 2013, n° 16,
15. T. Ratkovic, D. Zgrabljić Rotar, « *Choice of court agreements under the Brussels I Regulation Recast* », *J. of PIL*, 2013,
16. V. Heuzé, *Note sous l'arrêt Pelloux c/ Axa*, *Rev. crit. DIP*, 2005.