

## Chapitre 6 | Les clauses de choix de for

Qu'elles portent sur le choix d'un juge étatique étranger ou sur celui d'un arbitre, les clauses contractuelles d'élection de for revêtent une importance pratique considérable en tant qu'elles visent à assurer la prévisibilité du juge compétent ; à ce titre, elles participent donc pleinement à l'économie du contrat international <sup>(1)</sup>, au point que la proposition de Règlement Rome I fait même d'une clause de prorogation de juridiction étatique une présomption de choix de la loi du for élu <sup>(2)</sup>. Le choix de l'arbitrage présente les avantages supposés de la confidentialité, de la neutralité du juge et de la célérité de la procédure ; mais les clauses attributives de juridiction au profit d'un juge étatique présentent quant à elles une supériorité évidente dès lors que l'exécution de la décision ne se fait pas spontanément ou sous la pression de considérations de réputation commerciale, et qu'elle nécessite donc le recours à la force publique. La sentence arbitrale n'étant pas pourvue de la force exécutoire, il faut en effet obtenir en ce cas l'exequatur de la part des juridictions du lieu de l'exécution, ce qui est source de coût et de délais supplémentaires. Le choix d'un juge étatique s'avère alors préférable tant sur le plan des mesures provisoires (si le juge choisi est celui du lieu où l'exécution risque d'avoir lieu) que sur celui de l'exécution proprement dite (à condition évidemment de désigner le juge du lieu d'exécution). Au-delà de ces différences qui sont facteurs de choix stratégique, les questions juridiques que soulèvent ces clauses sont dans une large mesure communes. Expression d'une tendance à la privatisation du contentieux du contrat international, leur régime présente un certain parallélisme, en dépit de la différence de nature – étatique ou privée – du juge élu <sup>(3)</sup>. C'est dans cette perspective que seront présentées les clauses attributives de juridiction (A), puis les clauses d'arbitrage (B).

### A/ Les clauses attributives de juridiction

S'agissant du régime des clauses attributives de juridiction, l'exposé du droit commun précédera celui du droit communautaire.

#### 1 - Droit commun.

Les clauses attributives de juridiction sont des clauses dérogeant aux règles de compétence internationale, ou valant renonciation aux privilèges des art. 14 et 15 C.

---

<sup>1</sup> Comp. par ex. le motif de Cass. civ 1<sup>re</sup> 12 juillet 2001, DMF 2001.216, note Ph. Delebecque : « l'insertion d'une clause attributive de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci ».

<sup>2</sup> La solution prévaut déjà dans les pays de *common law* et est soutenue en Allemagne. V. cepdt. les observations critiques de P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev crit DIP* 2006.331, et spéc. p. 335.

<sup>3</sup> La récente Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for s'inspire ainsi directement à divers égards de la Convention de New York de 1958 relative à l'arbitrage international, notamment en ce qu'elle instaure un minimum conventionnel relative à l'efficacité des clauses, soumises au principe d'autonomie matérielle : V. sur ce point, C. Kessedjian, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006.813.

civ., et désignant un tribunal déterminé ou les tribunaux d'un Etat. Leurs avantages, nombreux, sont fréquemment mis en lumière en termes de simplicité, de souplesse et de prévisibilité des solutions.

Leur étude suppose l'examen d'une question préalable, relative à la détermination de la loi qui leur est applicable. En ce domaine, une doctrine majoritaire propose une distinction fondée sur la double nature - contractuelle et procédurale - de ces clauses attributives de juridiction. En raison de son caractère contractuel, la clause serait soumise à des conditions de validité, relevant d'une loi déterminée par la règle de conflit, elle-même variable selon la nature des conditions exigées (fond ou forme). Du fait de son caractère processuel, le juge saisi n'analyserait en revanche sa propre compétence qu'en vertu de sa propre loi - chaque Etat étant seul maître de sa compétence - et en termes de licéité de la clause. C'est ce même raisonnement que paraît suivre la jurisprudence (4). L'étude générale de la clause attributive de juridiction sera donc effectuée dans la perspective de cette distinction entre licéité et validité, en supposant la loi française applicable.

#### a) La licéité des clauses attributives de juridiction.

Avant 1975, le principe de licéité avait parfois été discuté en doctrine. Bartin notamment estimait que les règles de compétence internationale définissaient la souveraineté des juridictions françaises, et qu'elle étaient donc impératives. La doctrine majoritaire était cependant favorable à ces clauses.

Après le décret du 5 décembre 1975 instituant un NCPC, le débat fut cependant sensiblement renouvelé, spécialement en raison de l'article 48 NCPC : « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contractées en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Le principe de transposition en matière internationale des règles de compétence territoriale internes devait-il alors conduire à restreindre aussi sensiblement le domaine des clauses attributives de juridiction ?

C'est en faveur de ces clauses que se prononça la Cour de cassation : « les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française » (5). En matière internationale, la clause est donc licite, entre

---

<sup>4</sup> Cass. civ. I, 3 décembre 1991, *Rev crit DIP* 1992, 340, note H. Gaudemet-Tallon : « le juge français n'était pas saisi de la licéité de la clause de juridiction mais seulement de l'acceptation de cette clause par [l'une des parties] ; à ce titre, la loi française n'avait pas, en tant que loi du for, vocation nécessaire ou exclusive à régir la validité, en la forme ou au fond, de la clause incluse dans un connaissance qui était soumise soit à sa loi propre, soit à la loi belge, en tant que loi du lieu d'émission, soit à la loi indienne stipulée applicable au contrat de transport ». *Comp. cepdt.* : Cass. civ. I, 8 décembre 1998, *Rev crit DIP* 1999, 536, note E. Pataut.

<sup>5</sup> Cass. civ. I, 17 décembre 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques*, *Rev crit DIP* 1986.537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986.IR p. 265, obs. B. Audit ; *GA* n° 72.

commerçants, bien sûr, mais aussi entre non commerçants ou en présence d'un acte mixte (6).

C'est ainsi un principe de licéité qu'a affirmé la jurisprudence française, mais sous condition. La première est relative au caractère international du litige, qui ne saurait résulter du seul choix par les parties d'un tribunal étranger, à peine d'offrir la possibilité de tourner trop aisément la prohibition de l'article 48. La jurisprudence n'exige cependant aucun lien sérieux entre ce litige et le tribunal désigné, ce qui ne paraît pas déraisonnable, autorisant ainsi le choix d'un tribunal neutre, ou particulièrement qualifié pour connaître du litige.

En second lieu, la clause ne doit pas faire pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française, comme ce serait le cas par exemple en matière de statut personnel ou d'action réelle immobilière. La question demeure cependant discutée de savoir si la compétence impérative d'une juridiction ne pourrait être corrélée au constat qu'une loi de police du for se veut applicable, afin d'éviter aux plaideurs d'en détourner trop facilement l'application (7).

b) La validité des clauses attributives de juridiction.

Du point de vue des conditions de forme, la clause doit-elle respecter les exigences de forme prescrites, dans l'ordre interne, par l'article 48 ? Il est le plus souvent estimé que des exigences de forme, destinées à protéger les parties contre une manœuvre de l'autre, demeurent nécessaires, mais que leur application aux litiges internationaux nécessite sans doute une adaptation dans le sens de la souplesse, notamment pour tenir compte des usages du commerce international (8).

Quant aux conditions de fond, elles concernent essentiellement le consentement, qui doit être certain ; l'acceptation de la clause par les deux parties ne doit faire aucun doute.

S'agissant enfin du choix de la juridiction lui-même, le droit français se montre assez libéral, en admettant – au-delà de la désignation expresse de tel tribunal – la possibilité de désigner globalement les tribunaux d'un Etat dès lors « *que le droit interne de cet Etat permet de déterminer le tribunal spécialement compétent* » (9).

2 -. Droit communautaire.

---

<sup>6</sup> V. cependant, Cass. com., 10 juin 1997, 2<sup>ème</sup> esp., *JDI* 1998, 969, note S. Poillot-Perruzetto, *D* 1998.2, note F. Labarthe et F. Jault-Seseke, *Gaz Pal* 1998.1, panor. 84 et 2, 786, note E. du Rusquec.

<sup>7</sup> V. sur ce point, E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, LGDJ 1999, préf. P. Lagarde, p. 133 et s.

<sup>8</sup> Cass. civ. I, 25 novembre 1986, *Rev crit DIP* 1987, 396, note H. G.-T. : « *la clause était conforme aux usages des transports maritimes internationaux* ».

<sup>9</sup> Cass. civ. I, 17 déc. 1985, préc.

A l'avenir, il faudra peut-être compter avec la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses exclusives d'élection de for, pour autant que puissent être surmontées les premières réserves déjà émises quant à son utilité pratique <sup>(10)</sup>. Non encore en vigueur, elle aurait vocation à régir les « *accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile et commerciale* » <sup>(11)</sup>, concrétisés « *par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement* » et « *qui désignent, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un Etat contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un Etat contractant* » <sup>(12)</sup>, de sorte qu'en cas de ratification par les Etats européens, elle viserait à écarter l'application du droit communautaire dans un important nombre d'hypothèses.

Dans l'attente de son entrée en vigueur, et pour des raisons qui tiennent au champ d'application que se reconnaît le Règlement Bruxelles I, la plupart des clauses dont ont à connaître les tribunaux d'un Etat membre relèvent de cet instrument.

En vertu de ce dernier, ces clauses sont soumises à des conditions de validité formelle destinées à garantir le consentement des parties sans sacrifier la souplesse requise par le commerce international (a) et sont licites dans les cas où elles ne heurtent pas une compétence exclusive (b). Plus difficile est la question du champ de l'article 23 du Règlement par rapport au droit international privé commun ou conventionnel (c) ainsi que celle de son effet à l'égard des autres compétences prioritaires, notamment en cas de litispendance (d).

#### a) La validité de la clause.

C'est en ce qui concerne la validité des clauses attributives que la différence avec les clauses d'arbitrage est encore la plus sensible <sup>(13)</sup>. La validité de la clause d'arbitrage international est en effet indépendante par rapport au contrat principal, dont la nullité ne l'affecte pas (principe d'autonomie matérielle), mais aussi par rapport à toute loi nationale (principe d'autonomie juridique). Or, si l'autonomie matérielle de la clause attributive est désormais acquise <sup>(14)</sup>, sa validité n'échappe pas à l'emprise de réglementations impératives, soit en ce qui concerne sa forme, qui est régie par le droit communautaire, soit même en ce qui concerne les conditions de fond, qui restent soumises au conflit de lois <sup>(15)</sup>. En revanche, la validité de la clause n'est pas

---

<sup>10</sup> V. ainsi C. Kessedjian, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006.813, et spéc. p. 850.

<sup>11</sup> Art. 1.1.

<sup>12</sup> Art. 3

<sup>13</sup> Lorsque l'on évoque la validité des clauses, on envisage ces dernières dans leur dimension d'*acte juridique* (et non dans leur aspect procédural, attributif de compétence, qui soulève la question de leur *licéité*). V. *supra*, n° 858.

<sup>14</sup> CJCE 3 juillet 1997, *Benincasa*, C.269/95, *JDI* 1998.581, obs. J.-M. Bischoff ; comp. article 3.d de la Convention de La Haye sur les clauses exclusives d'élection de for.

<sup>15</sup> La Convention de La Haye sur l'élection de for consacre la vocation d'une pluralité de lois pour se prononcer sur la validité de la clause au fond, selon un dispositif complexe (arts. 6(b) et 9 (b) ; sur

subordonnée en droit communautaire ou conventionnel, à la condition d'un lien entre le for élu et la situation objective des parties, celles-ci pouvant ainsi choisir leur juge en fonction de sa neutralité ou de sa compétence technique.

L'article 23 du Règlement Bruxelles I (ex- 17 Convention) <sup>(16)</sup> pose des conditions relatives à la *forme* des clauses, destinées à s'assurer de la réalité du consentement des parties. Ces conditions se sont progressivement assouplies, d'abord pour faire place aux usages, ensuite (dans la version du Règlement) pour adapter la notion d' « écrit » aux transmissions par voie électronique (art. 23 2: « *toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite* »). Ainsi, du point de vue de sa validité formelle, la clause suppose un écrit (y compris électronique) *ou* un accord verbal confirmé par écrit *ou* une forme conforme aux habitudes des parties entre elles *ou* une forme conforme aux usages du commerce international dont les parties devaient avoir connaissance.

Le texte de l'article 23 exige que les parties conviennent de la compétence « *d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre* ». L'hypothèse de la pluralité de fors élus correspond essentiellement, soit à celle d'une option de compétence concédée par le contrat à l'une ou l'autre partie, soit à une répartition du contentieux selon l'identité de la partie demanderesse. Dans son arrêt *Meeth c. Glacetal*, où la clause attribuait compétence au juge de l'établissement du défendeur, la Cour a validé le choix de plusieurs fors relevant chacun d'Etats membres différents, étendant ainsi la portée littérale du texte <sup>(17)</sup>. Elle a également eu l'occasion de préciser que l'article 17 « *n'exige pas que la clause... soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé* », mais seulement que le juge saisi puisse déterminer s'il est compétent à partir d'éléments objectifs susceptibles d'être concrétisés en l'espèce, une fois le litige survenu <sup>(18)</sup>. L'exclusivité du for élu est présumée, mais peut être écartée par la volonté des parties, sans que la validité du choix ou l'applicabilité de l'article 23 ne soient affectées. Il en va autrement de la Convention de La Haye de 2005 sur l'élection de for, qui ne s'applique qu'aux clauses exclusives. Au regard des deux textes, la clause doit avoir pour objet un rapport de droit déterminé, afin d'éviter que les parties, et notamment la plus faible, ne se

---

lequel C. Kessedjian, *op cit*, p. 827). Seuls le for saisi (non élu) et le for requis peuvent apprécier la capacité des parties, chacun selon sa *lex fori* respective (ce qui viserait, selon le rapport préliminaire [p.28 et 31], le droit international privé du for).

<sup>16</sup> Les versions successives de la Convention de Bruxelles, puis du Règlement Bruxelles I, ont apporté des changements importants à la rédaction du texte, en libéralisant et en modernisant progressivement les conditions de forme qu'il prévoit.

<sup>17</sup> Cette extension n'a pas été consacrée par la Convention de La Haye, qui ne s'applique que si le ou les tribunaux désignés relèvent d'un seul Etat contractant.

<sup>18</sup> Ainsi, une clause qui désigne la juridiction du pays du principal établissement du transporteur contient une désignation opératoire dès lors qu'il y a un seul établissement auquel il puisse être fait référence (ce qui ne serait pas le cas, par exemple, en cas de pluralité de transporteurs) et que l'identité du transporteur est elle-même déterminable (ce qui n'est pas le cas lorsque le contrat lui-même indique que le transporteur est le propriétaire du navire, ou la personne qui remplit les fonctions de transporteur). Comp. CJCE 9 nov 2000, C387/98, *Coreck*, *Rev crit DIP* 2001.359, note F. Bernard-Fertier.

trouvent prisonnières d'une attribution illimitée de for pour toutes leurs relations d'affaires <sup>(19)</sup>.

Le régime de l'article 23 suppose-t-il l'internationalité du contrat qui contient la clause ? Une telle condition, énoncée par la jurisprudence en droit international privé commun <sup>(20)</sup>, et reprise par la Convention de La Haye (article 1.1), n'apparaît pas expressément dans le texte, qui ne prend pas non plus les mêmes précautions que la Convention de Rome en matière de loi applicable (article 3 § 3) pour éviter que les parties à un contrat rattaché par ailleurs exclusivement à un seul ordre juridique interne ne s'en prévalent pour échapper à leur juge naturel. La question est controversée, notamment depuis l'arrêt *Owusu* de la Cour de justice <sup>(21)</sup>, qui peut être interprété comme rejetant toute restriction au champ de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (23 Règlement) <sup>(22)</sup>. Cependant, dans le même sens que les rapports Jénard (p. 37) et Schlosser (p. 123), ainsi qu'une doctrine majoritaire, la Cour de cassation a quant à elle estimé que l'application de l'article 17 était « subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation » <sup>(23)</sup> et que, pour des raisons de sécurité juridique, l'internationalité devait s'apprécier non pas au moment du litige mais à la date de la conclusion du contrat <sup>(24)</sup>. La difficulté réside cependant dans l'identification de l'internationalité requise. D'autant que si l'article 3 § 3 de la Convention de Rome tient pour interne la situation dont le seul élément d'extranéité est la clause stipulée au profit d'une loi étrangère, l'arrêt précité de la Cour de cassation semble restreindre le critère de l'internationalité en excluant le jeu de l'article 23 lorsque la situation litigieuse se rattache par ailleurs de façon prépondérante à un ordre juridique donné <sup>(25)</sup>.

La question se pose de savoir si le respect des conditions de forme de l'article 23 épuise la question de la validité de la clause. Comment s'articulent les conditions de

---

<sup>19</sup> Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup>e</sup> éd. préc., spéc. n° 148,

<sup>20</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, *Cie des signaux*, préc.

<sup>21</sup> C6281/02 [2005], *Rev crit DIP* 2005.698, note C. Chalas.

<sup>22</sup> En ce sens, estimant « certaine » l'absence de condition d'internationalité de la clause attributive en vue de l'applicabilité de l'article 17(23), Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 14<sup>ème</sup> éd, §12-102. En effet, selon l'attendu 34: « Les règles uniformes de compétence contenues dans la Convention de Bruxelles n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement à des situations comportant un lien effectif et suffisant avec le fonctionnement du marché intérieur, impliquant, par définition, plusieurs Etats membres ». Cependant, l'arrêt *Owusu* statuait sur l'applicabilité du Règlement à une situation intéressant les seuls rapports entre un Etat contractant et un Etat tiers, et n'avait pas à se prononcer directement sur les conditions d'applicabilité de l'article 17.

<sup>23</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 4 oct 2005, *Rev crit DIP* 2006.413, note M. Audit

<sup>24</sup> Position de H. Gaudemet-Tallon, *op cit*, n°135. *Contra*, Versailles 8 novembre 1990, *JCP* 1990.II.21672, note A. Martin-Serf.

<sup>25</sup> Plus curieusement eu égard au fait qu'il s'agit de déterminer l'applicabilité d'une convention internationale, l'arrêt du 4 oct. 2005, préc., semble considérer que le caractère international ou non du contentieux dépend en définitive de la volonté des parties. Comp. la solution inverse en matière de clause d'arbitrage, *infra*, note 62.

forme et les conditions de validité de la clause au fond posées par la loi applicable au contrat ? Concrètement, le respect des formes de l'article 23 empêche-t-il de contester la validité de la clause sur le fondement de la loi du contrat ? Dans l'arrêt *Benincasa*, la Cour de justice a admis que la validité de la clause puisse résulter des seules « *dispositions de forme strictes* » de la Convention de Bruxelles <sup>(26)</sup>. La Cour prenait ainsi position sur la compétence du juge élu pour connaître de la nullité du contrat principal, consacrant l'autonomie matérielle de la clause attributive par rapport au contrat principal ; elle n'a pas cependant statué sur le point de savoir la validité au fond de la clause attributive pouvait être contestée en dehors des conditions de forme de l'article 23. Dans un cas où la question était de déterminer si la clause avait réellement fait l'objet d'un échange de consentements, la Cour de cassation <sup>(27)</sup> a quant à elle admis que la vérification du respect des conditions de forme de l'article 23 ne devait intervenir qu'une fois interrogée la loi du contrat (en l'occurrence, la CVIM) pour savoir s'il y avait eu un tel échange (hypothèse de « bataille des formulaires »). La solution paraît fondée, au prix sans doute d'une certaine redondance dans la protection du consentement.

#### b) La licéité de la clause.

Quand on parle de la licéité de la clause, on l'envisage dans sa dimension procédurale, qui consiste en la modification du jeu normal des règles de compétence juridictionnelle. Il appartient donc en principe à la loi du for évincé de dire si la dérogation à la compétence du for était possible dans le domaine concerné, ou si cette compétence était impérative, indérogeable, et au for élu d'accepter sa compétence. Dès 1930, la jurisprudence française a fait preuve d'un libéralisme remarquable à l'égard de la possibilité de déroger à ou de proroger la compétence française <sup>(28)</sup>, les clauses de choix de for bénéficiant d'un régime sensiblement plus libéral en matière internationale qu'en droit interne <sup>(29)</sup>. Les clauses sont donc licites sauf compétence impérative du for évincé. A son tour, le Règlement Bruxelles I est très favorable à ce que les parties modifient l'ordonnancement normal des règles de

---

<sup>26</sup> C269/95, préc.

<sup>27</sup> Cass civ 1, 16 juillet 1998, *Rev crit DIP* 1999.122, note B. Ancel et H. Muir Watt.

<sup>28</sup> Cass civ 19 février 1930, *Mardelé* et 27 janvier 1931, *Dambricourt*, *Rev crit DIP* 1931.514, S 1933.1.41, note Niboyet. En Europe, à la différence des Etats-Unis, le terrain avait déjà été balisé par l'affirmation du principe d'autonomie en matière de loi applicable dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, de sorte que la validité de principe des clauses attributives de juridiction a été admise, sinon sans débat, du moins très tôt et avec une relative facilité. Le libéralisme des juges anglais dès le 18<sup>ème</sup> siècle est remarquable. Un exemple très ancien de validation judiciaire d'une clause attributive peut être trouvé dans *Gienar v. Meyer* (1792), 2 Hy.Bl. 603. Trois décennies plus tôt, en 1760, Lord Mansfield avait consacré le libre choix de la loi applicable dans le grand arrêt *Robinson v. Bland*, 2 Burr 1077 ; 1 Wm.Bl. 256.

<sup>29</sup> Le principe de validité a été réaffirmé, après le débat provoqué par l'entrée en vigueur du NCPC (non transposition à l'ordre international de l'article 48 NCPC), par Cass civ 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, *Cie des signaux*, préc. Pour les divers débats doctrinaux entourant ce libéralisme jurisprudentiel, tenant notamment à la nature juridique attribuée aux règles de compétence internationale, v. B. Ancel et Y. Lequette, G.A., n° 72.. Pour une vision comparative, v. G. Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle 1990 ; N. Coipel-Cordonnier, *Essai sur la spécificité des conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999.

compétence, qui n'ont dès lors, sauf exception, qu'un caractère subsidiaire. Ainsi, les clauses attributives sont en principe licites dans le champ du Règlement, lorsque l'article 22 n'attribue pas une compétence indérogeable<sup>(30)</sup>. Généralement, puisque le for évincé n'a par hypothèse aucune emprise directe sur le litige, la sanction de l'illicéité se manifesterà à l'occasion de la circulation des jugements par le refus de reconnaissance de la décision émanant du for élu et incompétent (v. article 35§1 Règlement Bruxelles I). On dira alors que la compétence du for évincé est exclusive. L'exclusivité apparaît ainsi comme la sanction au niveau de la circulation des jugements du non respect de l'impérativité d'une compétence directe. Bien entendu, il peut arriver que le for élu n'accepte pas la compétence qui lui est contractuellement attribuée, précisément parce qu'elle méconnaît la force obligatoire de la clause invoquée devant lui par le défendeur. En principe, l'article 23§1 le contraint à ce refus dès lors que la clause satisfait aux conditions de validité qu'il édicte. En revanche, un tel refus serait interdit, on le sait, pour des raisons fondées sur le seul *forum non conveniens*.

Avant la Convention de Bruxelles (et encore aujourd'hui en droit international privé commun), on pouvait avoir des doutes sur le caractère impératif ou non d'une compétence. Les cas concernés semblaient généralement avoir pour caractéristique fonctionnelle la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative<sup>(31)</sup>. Ce schéma signifiait que l'impérativité internationale du droit applicable au fond était de nature à exercer une incidence importante sur le caractère indérogeable de la compétence juridictionnelle. En effet, très souvent, cette impérativité était liée à l'existence de lois de police au fond, dont l'Etat du for répugnait à confier la mise en œuvre à des juridictions autres que les siennes propres<sup>(32)</sup>. C'était là une différence importante avec le régime des clauses d'arbitrage, dont on a admis progressivement qu'elles pouvaient concerner des litiges mettant en jeu de lois de police économiques.

Mais aujourd'hui, l'article 22 du Règlement de Bruxelles I contient une liste limitative des compétences exclusives en matière civile et commerciale, qui concerne plutôt des cas où l'organe compétent est appelé à mettre en œuvre le droit public du for en tant que *lex auctoris*. Ainsi, une fois sa compétence acquise sur le fondement d'une clause de choix de for, le juge élu ne se trouve pas dans une situation spécifique - c'est-à-dire, par rapport à celle de tout autre juge qui retient sa compétence internationale sur un fondement objectif - sous l'angle de l'applicabilité des lois des police du for ou étrangères, qu'il mettra en œuvre le cas échéant, notamment sur le fondement de l'article 7 de la Convention de Rome (article 8 Règlement Rome I). L'existence d'une loi de police économique du for fonde d'autant moins l'exclusivité de la compétence

---

<sup>30</sup> Et sous réserve des dispositions protectrices des articles 8 à 21, qui régissent de façon très précise les conditions de licéité des clauses impliquant des parties faibles (v *infra* n° 927 et n° 938).

<sup>31</sup> Sur cette solidarité entre le for et la loi applicable, v. B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Trav. Comité fr dr int pr.* 1986-88, p. 25.

<sup>32</sup> Par ex. en matière de droit du travail, l'article R. 517-1 C trav, Ch. mixte, 28 juin 1974, *Rev crit DIP* 1975, 110, note P.L. ; *JDI* 1975.82, note D. Holleaux ; *JCP* 1974.II.17881, note G. Lyon-Caen. Il est vrai que les exemples concernent pour l'essentiel les régimes protecteurs de parties faibles (v. *infra*, Section III). Mais sur la tentation d'associer loi de police économique et compétence impérative ou exclusive, v E. Pataut, *op et loc cit*.

du for que les Etats membres liés par l'article 7§1 de la Convention de Rome (désormais article 8§1 Règlement Rome I) autorisent leurs juges à faire respecter les lois de police d'Etats tiers. On peut donc penser que la seule vraie raison en matière économique de ne pas admettre la modification des règles de compétence juridictionnelle concerne le cas où celles-ci tendent à assurer la protection d'une partie faible. Tout au plus, le contrôle de la régularité de son jugement au regard de la conformité à l'ordre public des autres Etats concernés permettra de neutraliser les effets d'une désignation qui tendait à contourner les dispositions d'une loi de police nationale par le choix d'un juge étranger moins enclin que le for évincé à leur donner effet <sup>(33)</sup>.

La Convention de La Haye de 2005 sur l'élection de for contient un dispositif complexe relatif à la licéité de l'attribution de compétence, qui peut être appréciée tant selon le droit - y compris le droit international privé <sup>(34)</sup> - du tribunal élu, qu'au regard du droit du tribunal saisi (article 6.c et d). Il aurait certainement été préférable de consacrer la compétence prioritaire relative à la licéité de la clause au juge élu, par application de l'effet négatif du principe compétence-compétence, qui permet seul de déjouer les manœuvres abusives. L'omettre, c'est risquer de retomber dans les travers dans lesquels la jurisprudence *Gasser* a entraîné le droit communautaire <sup>(35)</sup> et que la clause de déconnexion prévue dans la Convention avait précisément pour objet de contourner, en limitant le domaine de l'article 23.

#### c) Le champ d'application de l'article 23.

La difficulté ici est d'articuler les exigences du régime communautaire avec le droit international privé commun des Etats membres. En effet, la seule volonté des parties suffit à créer un rattachement avec le droit de l'espace judiciaire commun dès lors que leur choix porte sur le juge d'un Etat membre, même si elles n'ont aucun lien objectif avec le territoire de la Communauté. La question se pose donc de savoir quelle est la place qui reste au droit commun des Etats membres, et se dédoublera au regard de la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for, qui règle elle-même ses rapports avec le droit communautaire par une clause dite « de déconnexion ».

La rédaction de l'article 23 du Règlement Bruxelles I n'est pas très facile sur ce point, même si elle s'est améliorée par rapport à l'article 17 de la Convention. Le texte prévoit un régime à deux vitesses, selon l'intensité des liens entre les parties et le territoire des Etats membres, auquel il faut ajouter le cas, non envisagé, où la clause désigne un juge tiers :

---

<sup>33</sup> Dans les rapports intra-communautaires, on assiste cependant à une réduction sensible de la portée de l'ordre public de fond, ne serait-ce qu'en raison de la modification de la fonction du juge de l'exequatur de première instance par le Règlement Bruxelles I (dont l'article 45 exclut l'examen des conditions de régularité à ce stade de la procédure). Par ailleurs, toute loi de police (du for ou tierce) opposée à ce titre subit en toute hypothèse le contrôle communautaire de proportionnalité, au titre de l'élimination des entraves à la libre circulation, tant au stade de son application qu'à celui de la reconnaissance des jugements.

<sup>34</sup> Rapport préliminaire p.22, comp. C Kessedjian, *op cit*, p.829.

<sup>35</sup> *Supra*, n° 183.

- si l'une des parties (on ne peut pas savoir *a priori* laquelle car on ne sait pas quelle sera leur position procédurale respective) est domiciliée dans un Etat membre, le régime « plein » s'applique. Dans ce cas de litige intégré à la Communauté, le juge élu a une compétence « exclusive »<sup>(36)</sup>.

- si aucune des parties n'a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, l'article 23 se borne à empêcher les autres Etats membres de statuer au fond avant que le juge élu n'ait décliné sa compétence. Ce sursis semble s'imposer aux juges des autres Etats membres dès lors que (et seulement si) la clause est conforme aux conditions de forme de l'article 23. Si le juge élu décline sa compétence, les autres juridictions peuvent alors intervenir sur le fondement de leur droit international privé commun respectif. La différence essentielle avec l'hypothèse d'un litige intégré semble résider dans le fait que si le litige n'a pas d'autres liens avec l'espace judiciaire européen que la désignation d'un tribunal relevant de ce dernier, le juge élu appréciera sa compétence, y compris la validité de la clause, sur le fondement de son droit international privé commun.

- l'article 23 n'envisage pas l'hypothèse où des parties liées au territoire de la Communauté élisent un juge tiers. Or, jusqu'à l'arrêt *Owusu* de la Cour de justice<sup>(37)</sup>, il semblait acquis que les clauses désignant un for tiers relèvaient du seul droit international privé commun. Le rapport Schlosser est en ce sens<sup>(38)</sup>. Mais depuis l'arrêt *Owusu*, la véritable difficulté est de déterminer l'efficacité d'une telle clause lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat membre. En effet, dans une hypothèse où la compétence du for tiers ne résulte pas d'une clause attributive, l'arrêt *Owusu* confère un caractère exclusif à l'article 2, qui l'emporte ainsi sur la compétence concurrente du for d'un pays tiers saisi en vertu de son propre droit commun. Mais le conflit doit-il se régler de la même façon quel que soit le fondement de la compétence du for tiers, et même si celui-ci est désigné par une clause attributive efficace selon le droit commun du for de l'Etat membre évincé<sup>(39)</sup> ? On

---

<sup>36</sup> Sur le sens de l'exclusivité, v. *infra*, n° 872.

<sup>37</sup> C6281/02 [2005], préc..

<sup>38</sup> §176 ; comp. *Coreck Maritime* du 9 novembre 2000, C-387/98 [2000] Rec I-9337. On peut supposer que dès lors que le Règlement ne s'applique pas, les spécificités procédurales des diverses traditions nationales subsistent, ce qui comprend le pouvoir modérateur du juge anglais. Cela semble devoir comprendre les cas où la clause désigne le for anglais alors que les parties ne sont pas domiciliées dans la Communauté (Rapport Schlosser, §177).

<sup>39</sup> Comp. sur ce point la discussion signalée *supra*, n° 865. Antérieurement à l'arrêt *Owusu*, en France, un arrêt de cour d'appel l'a pensé. Ainsi, la Cour de Versailles a estimé que la clause désignant un for tiers alors que le défendeur était domicilié en France devait céder devant le jeu de l'article 2 (26 septembre 1991, *Rev crit DIP* 1992.333, note H. Gaudemet-Tallon). Cet arrêt, cité au demeurant par *Dicey & Morris* dans la 13<sup>ème</sup> édition (§12-090, note 66) et à travers cet ouvrage par le juge Coleman, a été fortement critiqué. L'annotatrice de l'arrêt rappelle ainsi que « [l]a Convention de Bruxelles ne doit pas servir à faire du domicile du défendeur sur le territoire communautaire la source d'une sorte de 'privilege de juridiction' auquel on ne pourrait même pas renoncer par une clause attributive de compétence au tribunal d'un Etat tiers » (p. 337). La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas d'ailleurs en ce sens (v. par ex, Cass. com. 19 décembre 1978, *Rev crit DIP* 1979.617, note A. Huet, *JDI* 1979.366, note H. Gaudemet-Tallon, donnant effet à une clause valable

sait que dans l'affaire *Owusu*, la question préjudicielle avait expressément réservé le cas de la litispendance ainsi que celui où la compétence du for tiers résulterait d'une telle clause, par crainte que la réponse de la Cour ne condamne en bloc le pouvoir modérateur du juge anglais à l'égard de sa propre compétence, dans tous les cas où un for tiers est parallèlement saisi ou susceptible de l'être et que le défendeur a un domicile anglais. C'est ainsi qu'un arrêt de la *High Court, Konkola Mines*, a conclu au maintien du pouvoir modérateur en présence d'une clause attributive ne relevant pas du champ du Règlement, afin de cantonner l'impact de cet instrument en ce qui concerne le traitement des conflits impliquant les seules juridictions de l'Angleterre et d'un Etats tiers <sup>(40)</sup>.

Il faudra désormais tenir compte, le cas échéant, de la clause de déconnexion de l'article 26.6 de la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for, qui prévoit sa propre applicabilité, à l'exclusion du droit communautaire, dès lors que l'une des parties a son domicile dans un Etat contractant tiers (autre qu'un Etat membre). Cette délimitation a sans doute pour raison d'être la volonté de certains Etats membres de permettre à la clause de retrouver son effet exclusif en neutralisant les méfaits de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'hypothèse, fréquente, et relevant jusqu'ici du champ de l'article 23, où le contrat est conclu entre des parties établies respectivement dans un Etat membre et un Etat tiers. Cette jurisprudence concerne précisément la portée qu'il convient de reconnaître à l'effet exclusif de la clause d'élection de for.

#### d) L'effet exclusif de la clause

L'effet principal d'une clause à la fois valable et licite est d'attribuer compétence au juge désigné, par dérogation aux autres règles de compétence du Règlement ne revêtant pas un caractère impératif. La compétence ainsi conférée lie le juge élu, qui n'a pas le loisir de se déclarer *forum non conveniens* <sup>(41)</sup>. Ainsi impérativement prorogée, cette compétence est, selon l'article 23§1, « exclusive » quand l'une des parties est domiciliée dans la Communauté. Toutefois, le texte comporte une ambiguïté sémantique. Cette « exclusivité » ne signifie pas que la méconnaissance de la clause entraîne le refus de reconnaissance de la décision rendue par un juge autre que le juge élu, même si le sens du terme tel qu'utilisé par ailleurs dans le Règlement est alors bien celui-là (v. art. 34). Il faut donc essayer de comprendre l'impact de la clause en cas de saisine parallèle d'un juge non élu. Si les parties à la clause comparaissent toutes deux volontairement devant un juge non élu, en dépit de leur

---

au regard du droit international privé commun, conclue entre deux parties domiciliées dans deux Etats contractants de la Convention de Bruxelles).

<sup>40</sup> *High Court of Justice (Queens' Bench Divison, Commercial Court)*, 10 mai 2005, *Rev crit DIP* 2005.722, note H. Muir Watt.

<sup>41</sup> L'arrêt *Owusu* est généralement considéré comme bannissant définitivement le *forum non conveniens* du champ de l'espace judiciaire commun, même si, dans cet arrêt, la condamnation de ce mécanisme est lié à des considérations particulières qui motivent l'impérativité de la compétence fondée sur l'article 2, et non l'article 17. La Convention de La Haye exclut expressément le *forum non conveniens* (article 5.2).

accord antérieur, alors ce juge est compétent par l'effet normal de l'article 24. Mais la situation peut se présenter où l'une des parties tente de contester l'efficacité de la clause devant un juge autre que le for élu. Il se peut alors que la partie se prévalant de la clause comparaisse devant le juge non élu pour contester sa compétence, et se voie déboutée sur ce point, ou bien qu'elle ne comparaisse pas, et que le juge non élu saisi en dépit de la clause se reconnaisse compétent <sup>(42)</sup>. Or, dans ce cas, au regard de l'article 35§1 qui n'érige pas la violation de l'article 23 en cause de refus de reconnaissance, le jugement du juge non élu aura vocation à circuler librement <sup>(43)</sup>. La compétence du juge élu n'est donc pas protégée. Il y a là déjà une omission très regrettable <sup>(44)</sup>.

Si la partie qui entend se prévaloir de la clause saisit parallèlement le juge élu, il y aura une situation de litispendance. Or, la compétence du for élu est si peu « exclusive » qu'elle n'est pas de nature à prévaloir sur la priorité que confère dans ce cas l'article 27 (ex 21 Convention) au juge premier saisi, fût-ce le juge non élu. Le récent arrêt *Gasser* <sup>(45)</sup> illustre cette difficulté. La question posée à la Cour était de savoir si l'article 17 de la Convention de Bruxelles (23 Règlement) prévaut sur l'article 21 (27 Règlement) en cas de litispendance. Depuis le *dictum* diversement interprété de l'arrêt *Overseas Union* <sup>(46)</sup>, selon lequel le juge second saisi peut, nonobstant la litispendance, statuer directement sur sa propre compétence si elle est « exclusive », une prise de position de la Cour de justice relative au statut du for élu à cet égard était très attendue. Elle a répondu par la négative <sup>(47)</sup> : la compétence du juge élue

---

<sup>42</sup> Dans ce cas, aux termes de l'article 26§1, le juge saisi non élu doit vérifier d'office sa compétence. En revanche, dès lors que les deux parties comparaissent, il n'a aucune obligation de se déclarer d'office incompetent, car si l'article 25 vise certes les cas où le juge saisi l'est en violation d'une compétence « exclusive », mais ces cas sont ceux du seul article 22. Bien au contraire, l'effet de l'article 24 est de l'obliger à assumer sa compétence.

<sup>43</sup> Sauf bien entendu si le juge élu second saisi rend un jugement avant le juge non élu, auquel cas premier rendu prévaudra (article 27 -4), sauf dans le ressort du juge non élu et premier saisi (article 27-3).

<sup>44</sup> L'autorité des clauses attributives est préservée dans une certaine mesure, la Cour de justice acceptant de les faire primer sur les fors dérivés (*Meeth v Glacetal* aff. 23/78, *Rev crit DIP* 1981.136, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1979.663, obs. Huet). En revanche, la Cour de cassation a statué en sens contraire, en cas d'indivisibilité des demandes, même dans le cadre de la Convention de Bruxelles (Cass. civ 1<sup>re</sup>, 2 mars 1999, 1<sup>re</sup> esp. *JDI* 2000.75 note critique A. Huet ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc., spéc. n° 258, position critique).

<sup>45</sup> CJCE 9 décembre 2003, C-116/02, *Gasser Rev crit DIP* 2004.444, note H. Muir Watt

<sup>46</sup> CJCE 27 juin 1991, aff. C.351/89, *Rec I* 3317, *Rev crit DIP* 1991.769, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1992.493, obs A. Huet, *Cahiers dr eur* 1992.769, note H. Tagaras.

<sup>47</sup> Pour la Cour, devant le risque d'appréciations divergentes par les deux juges parallèlement saisis relatives à la validité de la prorogation de for, le critère chronologique offre l'avantage de la sécurité juridique; à cet égard, estime-t-elle, reprenant un motif qui figure déjà dans l'arrêt *Overseas Union*, le juge élu n'est pas pour autant mieux placé que le juge premier saisi pour statuer sur la question de savoir si la clause attributive a été méconnue. Il est vrai que deux juges d'Etats contractants différents, saisis simultanément de la question de la validité d'une clause attributive, ont *a priori* une égale aptitude à y apporter une réponse. Toutefois, les arguments de politique conventionnelle avancés par l'avocat général en faveur de la compétence prioritaire du juge élu, méritaient

n'est pas exclusive au regard du régime de la litispendance. Le for saisi sur le fondement d'une clause attributive contestée doit attendre – serait-ce longuement... - la décision du juge non désigné, premier saisi, au sujet de sa propre compétence.

On peut s'interroger sur la réalité des inconvénients qui auraient affecté la consécration d'un principe de priorité au profit du juge élu. En effet, l'autonomie de la clause attributive a été consacrée dans l'espace judiciaire européen par l'arrêt *Benincasa*, ayant décidé que le juge élu est exclusivement compétente pour statuer sur la nullité du contrat qui contient la clause <sup>(48)</sup>. Pratiquement, désormais, la solution sera variable selon que la partie qui ne souhaite pas se soumettre à une clause se borne à en contester la validité pour des raisons tirées du contrat principal en vue d'obtenir une déclaration d'incompétence, auquel cas le juge élu demeure compétent pour statuer sur sa propre compétence, ou qu'elle saisit antérieurement, voire par anticipation, un autre for, opposant alors devant le juge élu la situation de litispendance en vue d'obtenir de sa part un sursis à statuer. Aux termes mêmes de l'arrêt *Benincasa*, en effet, « la sécurité juridique voulue par cette disposition (l'article 17) pourrait être aisément compromise s'il était reconnu à une partie contractante la faculté de déjouer cette règle de la convention par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicables » (point 29).

Il est donc curieux de voir l'arrêt *Gasser* affaiblir la protection des clauses attributives en les exposant au risque de *forum shopping* stratégique que cherchait précisément à éviter l'arrêt *Benincasa*, par son refus de compléter l'autonomie de la clause attributive par une règle de priorité. Gageons que cette disparité incitera à la multiplication des saisines dilatoires ! Or, c'est sur ce point que l'on retrouve la question des injonctions *anti-suit*, qui sont destinées à lutter contre des comportements stratégiques de ce type, en présence d'une clause attributive. La légalité de celles-ci ayant été condamnée par la Cour de justice dans l'affaire *Turner* <sup>(49)</sup>, l'atteinte portée à la force obligatoire des clauses attributives par la jurisprudence *Gasser* est de nature à chasser le grand contentieux économique en dehors de l'espace judiciaire européen, soit vers des Etats tiers plus respectueux de la force obligatoire de la clause, soit vers l'arbitrage commercial international, où la violation d'une clause justifie encore (mais pour combien de temps ? <sup>50</sup>) la mise en oeuvre des remèdes injonctifs.

## **B / Les clauses d'arbitrage.**

---

incontestablement une réflexion – ou en tout cas une motivation - plus approfondie que celle que leur consacre la Cour en l'espèce.

<sup>48</sup> CJCE 3 juillet 1997, aff 269/95, Rec I 3767, *JDI* 1998.581, note J.-M. Bischoff, *Cahiers de eur* 1999.219 note H. Tagaras

<sup>49</sup> CJCE 27 avril 2004, C-159/02, *Turner*, *Rev crit DIP* 2004.659, note H. Muir Watt. Sur l'ensemble de la question, v. P de Vareilles-Sommières (dir.), *Forum shopping in the European judicial area*, OUP 2007, à paraître.

<sup>50</sup> La portée à cet égard de l'exclusion de l'arbitrage du champ du Règlement fait actuellement l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour de justice, de la part de la Chambre des Lords : *West Tankers Inc v. RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA and others* [2007] UKHL 4.

L'essor de l'arbitrage commercial international doit beaucoup à la protection procédurale qu'offre l'effet combiné de l'autonomie de la clause compromissoire et du principe de compétence-compétence (§ 1), tandis que la question de l'arbitrabilité des contentieux a fait, plus tardivement, l'objet de semblables évolutions favorables à l'extension de son domaine (§ 2).

## 1 -. La validité des clauses d'arbitrage

Pour différents qu'ils soient conceptuellement, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire et le principe de compétence-compétence se complètent, en concourant pratiquement au même but, qui consiste à protéger l'arbitrage contre les comportements stratégiques des plaideurs<sup>(51)</sup>. Dans son acception « matérielle » ou effet d'immunité, le principe d'autonomie - ou de séparabilité<sup>(52)</sup> - de la clause d'arbitrage met la compétence de l'arbitre à l'abri d'une allégation de nullité ou d'inexistence du contrat principal, en lui permettant précisément de statuer sur celle-ci<sup>(53)</sup>. Mais elle signifie également désormais, à travers l'autonomie « juridique » ou effet d'émancipation<sup>(54)</sup>, que la validité de la clause d'arbitrage est acquise indépendamment de toute loi étatique<sup>(55)</sup>, sans condition de commercialité<sup>(56)</sup>. Elle est la pièce maîtresse d'un remarquable régime matériel de source prétorienne, qui relaie sur ce point la volonté des Etats au niveau international de donner plein effet aux clauses d'arbitrage et de s'engager à reconnaître et exécuter les sentences arbitrales<sup>(57)</sup>.

---

<sup>51</sup> Ph. Fouchard, B. Goldman, E. Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, § 660 ; sur l'affirmation et le sens de ces deux principes complémentaires, v. P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359 ; A. Rau, « Everything You Need to Know About 'Separability' in Seventeen Simple Propositions », 14 *Am. Rev. Internat'l Arb.* 1 (2003) et la réponse de J. Barcelo III, « Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction? Separability and Competence-Compétence in Transnational perspective », 36 *Vand J Transnat'l L* 115 (2003). Pour une perspective comparative, v. Ph. Leboulanger, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 545.

<sup>52</sup> P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998.359.

<sup>53</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1972, *Hecht*, *JDI* 1972.843, note B. Oppetit, *Rev. crit.* 1974.82, note Level. Consacrant l'extension à l'inexistence, v. Cass. civ. 1 25 octobre 2005, *JDI* 2006.996 note F.-X. Train ; *Rev. arb.* 2006.103, note J.-B. Racine ; *D.* 2006.3060, obs. T. Clay.

<sup>54</sup> J.-P. Ancel ; « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Dalloz 2000, p. 161, et spéc. p. 164.

<sup>55</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. crit. DIP* 1994.663, note P. Mayer ; *Rev. arb.* 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994.432, note E. Gaillard ; *JDI* 1994.690, note E. Loquin.

<sup>56</sup> Cass. civ. I, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.*, 1999.260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP*, 1999.546, note D. Bureau ; *JDI*, 1999.784, note S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.*, 1999.380, obs. E. Loquin.

<sup>57</sup> Essentiellement, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

La compétence-compétence se présente plutôt comme une règle de priorité, qui permet à l'arbitre de statuer le premier sur sa propre compétence sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques. L'« effet positif » du principe consiste à reconnaître la compétence de l'arbitre pour statuer, prioritairement, sur la validité de la clause qui le désigne. Consacré formellement par l'article 1458 NCPC (auquel renvoie l'article 1495 en matière internationale), l'« effet négatif » signifie que les juridictions étatiques doivent se dessaisir en cas de contestation relative à la validité de la clause tant que l'arbitre ne s'est pas déclaré incompétent <sup>(58)</sup>. La seule exception à l'effet négatif est « la nullité ou l'inapplicabilité manifeste » de la clause <sup>(59)</sup>. Retenant une conception très restrictive de ce cas, elle refuse désormais, après quelques hésitations, d'autoriser à ce titre l'interférence des règles de compétence dérivée, telle l'indivisibilité avec un autre litige relevant de la compétence étatique, qui n'est donc pas de nature à paralyser l'effet négatif de la clause <sup>(60)</sup>. De même, la contestation de l'opposabilité de la clause à un ayant droit ne relève pas de l'inapplicabilité manifeste autorisant de soustraire ce contentieux au juge élu <sup>(61)</sup>.

La question se pose de la définition de l'internationalité du contrat en tant que condition du bénéfice de ce régime libéral, même si la spécificité en est certes en partie relativisée par la loi sur les nouvelles réglementations économiques du 15 mai 2001 réformant l'article 2061 C. civ., laquelle valide désormais en matière interne la clause compromissoire conclue dans la cadre d'une activité professionnelle. Mais le régime de l'arbitrage international conserve son particularisme notamment du point de vue des conditions de recours et de circulation des sentences. A cet égard, le critère de l'internationalité, qui apparaît sous sa forme économique et éminemment malléable à l'article 1492 NCPC (l'arbitrage est international s'il met en cause les intérêts du commerce international), est interprété avec largesse par la jurisprudence <sup>(62)</sup>.

## 2 -. L'arbitrabilité des litiges.

La question distincte de l'arbitrabilité des litiges met en cause les rapports entre lois de police et justice privée. L'évolution sur ce point, dans le sens de la libéralisation

---

<sup>58</sup> Sur l'effet négatif, v. E. Gaillard, note sous Cass civ 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, *Rev arb.* 2006.945.

<sup>59</sup> V. réservant la nullité manifeste, l'article 1458 NCPC, dont la portée est étendue à « l'inapplicabilité » manifeste de la clause par Cass civ 1<sup>re</sup> 16 oct 2001, *Rev crit DIP* 2002.555, note Jault-Seseke, *Rev. arb.* 2002.919, note D. Cohen.

<sup>60</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 16 oct 2001, *préc. Comp*, déjà, Cass civ 1<sup>re</sup>, *Peavey*, 6 février 2001, *JCP* 2001.II.10567, note Legros, *Rev arb* 2002.765, note D. Cohen, *Gaz Pal* 14-15 nov 2001, p. 6 note C. Seraglini, *Rev crit DIP* 2001.522, note F. Jault-Seseke.

<sup>61</sup> V. *infra*, n° 892.

<sup>62</sup> Au point qu'il ressort de la jurisprudence une définition toute négative de l'arbitrage interne, devant être qualifié comme tel celui qui ... n'est pas international (cf. Paris, 11 avril 1996, *Rev. arb.* 1996.467, obs. D. Bureau). Sur l'ensemble de cette jurisprudence, v. not. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spéc. n° 78 et s. En dépit de la largesse du critère jurisprudentiel, « l'internationalité d'un arbitrage ne dépend pas de la volonté des parties » (Cass civ 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, à paraître au Bulletin).

des restrictions pesant sur la licéité du recours à l'arbitrage, a été considérable <sup>(63)</sup>. En effet, sous le rapport de leur validité, les clauses d'arbitrage ont bénéficié d'un statut privilégié à travers le principe de l'autonomie des clauses compromissaires, dont le libéralisme a rapidement dépassé celui des clauses attributives. Sans doute de façon corrélée, le champ des litiges arbitrables est resté en revanche longtemps très restreint, le domaine du monopole de la justice étatique ayant été défini par référence à l'implication de l'ordre public au fond : l'arbitrage international a ainsi mis du temps à s'affranchir de l'idée selon laquelle le juge privé ne pouvait exercer sa compétence pour mettre en œuvre une règle de police <sup>(64)</sup>. La libéralisation récente sur ce plan, sous la forme d'une extension de l'arbitrabilité aux matières régies par des lois internationalement impératives <sup>(65)</sup>, est venue de la concurrence internationale entre les grandes places d'arbitrage. Le rayonnement du grand arrêt *Mitsubishi* rendu par la Cour suprême des Etats-Unis <sup>(66)</sup>, qui admet l'arbitrabilité d'un contentieux relevant du droit fédéral anti-trust, explique que sont désormais arbitrables les litiges mettant en cause les réglementations impératives de droit public économique. La position généralement reçue est bien résumée par la Cour d'Appel de Paris, rappelant que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux » <sup>(67)</sup>.

### *Les clauses de choix de for : technique juridique*

---

<sup>63</sup> La limite de l'arbitrabilité est reconnue également par les instruments internationaux. Ceci est le cas avant tout de la Convention de New York du 10 juin 1958, qui exclut l'obligation des Etats de reconnaître les clauses arbitrales lorsque celles-ci portent sur des questions « non susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage » (art. II(1)), et celle d'accorder l'*exequatur* quand l'objet du différend ayant fait l'objet de la sentence « n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage » (art. V(2)(a)). Des références équivalentes se trouvent dans le Protocole de Genève de 1923 (art. 1), dans les Conventions de Genève de 1927 (art. 1(2)(b)) et de Genève de 1961 (art. VI(2)), et dans la loi modèle de la CNUDCI (art. 34(2)(b)(i) et art. 36(1)(b)(i)). Aucun de ces instruments ne contient toutefois de définition de l'arbitrabilité, ni fournit de critère précis pour identifier les litiges, ou les matières, arbitrables, ni fait allusion au rôle des lois de police dans ce contexte. V. L. Radicati di Brozolo, « Arbitrage commercial international et lois de police », *RCADI* 2005, t. 315, 269, p.299.

<sup>64</sup> Sur les trois façons dont cette condition a été successivement comprise dans la jurisprudence française, de l'inarbitrabilité de certaines matières, en passant par l'exclusion des cas où l'ordre public a été méconnu par les parties, jusqu'à l'admission contemporaine, sous l'impulsion d'une importante jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, de l'arbitrabilité des litiges mettant en jeu l'ordre public, sous réserve d'un contrôle de la régularité internationale de la sentence, v. Ph Fouchard, B. Goldman, E Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n°566 et s.

<sup>65</sup> V. l'examen de la jurisprudence étatique et arbitrale sur ce point, matière par matière, Ph Fouchard, B. Goldman, E Gaillard, *op cit*, n° 574 et s. ; B. Hanotiau, « L'arbitrabilité », *RCADI* 2002 t 296, p. 29. A ce jour, l'étendue de l'emprise des lois de police du for au stade de la circulation des sentences reste controversée.

<sup>66</sup> 473 US 614, 637 n19, 105 S. Ct 334446, *Rev arb.* 1986.273, note J. Robert.

<sup>67</sup> Paris, 19 mai 1993, *Labinal c. Mors*, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarosson ; Paris, 14 octobre 1993, *Aplix c. Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, p. 164, note Ch. Jarosson. Comp. L. Idot, « Ordre public, concurrence et arbitrage : état de la rencontre », *Concurrences, Rev. dr. conc.*, n° 3-2006, p. 12.

**L'opposabilité de la clause d'élection de for.** La question de l'opposabilité des clauses d'élection de for (qu'il s'agisse d'un for étatique ou arbitral) se pose lorsqu'il s'agit d'attirer devant le juge élu un défendeur qui n'est pas partie au contrat originaire dans lequel figure la clause. L'hypothèse se présente en cas de cession de créance, de cession de contrat, de subrogation, ou de transmission de l'action contractuelle dans une chaîne de contrats. La clause lie-t-elle le cessionnaire, l'assureur subrogé, ou le sous-acquéreur ? Il importe de souligner qu'aucun des textes internationaux relatifs au statut des clauses ne règle spécifiquement cette question, sans doute parce qu'elle n'est pas propre à l'effet juridictionnel de la clause, mais relève du régime de celle-ci prise dans sa seule dimension contractuelle (sur la distinction à laquelle parvient la doctrine au regard du domaine respectif du conflit de lois et de la règle matérielle, entre les deux groupes de questions que suscite l'efficacité de la clause de choix de for, les unes spécifiques à la fonction juridictionnelle de la clause (licéité, arbitrabilité, autonomie, compétence-compétence) et les autres d'ordre purement contractuel (vices du consentement, capacité et pouvoir, transmission), v. F Jault-Seseke, *Rev crit DIP* 2001.527). Or, dans cette mesure, la question se pose de savoir si la réponse doit relever du conflit de lois, comme le juge la Cour de justice dans l'interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (23 Règlement), ou si, comme semblent le penser la jurisprudence nationale et une partie de la doctrine, l'approche préférable est celle de la règle matérielle de droit international privé. Toutefois, la recherche de la méthode à suivre (a) se dédouble de celle de la détermination du juge compétent pour décider de l'opposabilité de la clause (b).

**a. La méthode.** En droit international privé commun français, un contentieux particulièrement important en matière de transport maritime concerne l'opposabilité d'une clause de choix de for convenue entre le chargeur et le transporteur au destinataire des marchandises ou à son assureur subrogé (le destinataire est-il tiers ou partie au contrat de transport ? L'article L.132-8 du Code de commerce, qui régit le transport interne routier et fluvial, intègre le destinataire parmi les parties au contrat de transport. Aucun texte analogue ne conférant la qualité de partie au destinataire du transport maritime, on considère généralement, *a contrario*, qu'il ne l'est pas. Mais la question est débattue, le destinataire étant parfois qualifié de contractant, soit dès l'origine, soit de par son adhésion à l'occasion de la réception des marchandises : v. J.-P. Tosi, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Mouly*, Litec 1998, vol. 2, p. 175). La Chambre commerciale n'est pas elle-même hostile à cette dernière analyse (Com 29 nov 1994, DMF 1995.209, note P. Bonassies), mais, comme il a été bien démontré (C Legros, obs *JDI* 2006.628), pareille qualification ne règle pas la question du rayonnement de la clause de choix de for, dès lors qu'elle ne fait pas partie de l'économie du contrat et exige par conséquent un consentement spécial de la part de celui qui adhère au statut contractuel.

La question fait l'objet de jurisprudences divergentes de la Chambre commerciale et de la Première chambre civile de la Cour de cassation, dont la conformité, au plan méthodologique, avec celle de la Cour de justice est elle-même discutable. Depuis un important revirement opéré en 1992, la Chambre commerciale de la Cour de cassation exige en substance que la clause d'élection de for contenue dans un connaissement émis sous couvert d'un contrat de transport (ou d'un contrat d'affrètement) fasse l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire, au plus tard au moment de la livraison de la marchandise, pour lui être opposable Cass. com 26 mai 1992, *Rev crit DIP* 1992.703, note H. Gaudemet-Tallon, DMF 1993.151, note P. Bonassies, *JCP E* 1993.I.396, note J. Vallansan, confirmé abondamment, par ex, par Cass. com. 8 décembre 1998, *Cie Helvétia*, *Rev crit DIP* 1999.536, 1<sup>re</sup> esp., note E. Pataut). Enoncée au sujet de la clause attributive de juridiction, cette solution s'est étendue en 1994 à la clause compromissoire (Cass. com 29 nov 1994, DMF 1995.218, note Y. Tassel) . De son côté, sans renier l'exigence du consentement du tiers destinataire, la Première Chambre civile estime au contraire que dès lors que la clause - attributive de juridiction (Civ 1re, 12 juillet 2001, DMF 2001, n°621, p994, note Ph. Delebecque) ou d'arbitrage (Cass. civ 1re, 22 nov 2005, *JDI* 2006.622 (1re esp) note C. Legros, DMF 2006.16, note P. Bonassies, *JCP* 2006.II.10046, note C. Humann ) - fait partie, selon les usages du commerce maritime international, de l'économie du contrat, elle s'impose à ce titre au destinataire et à l'assureur subrogé sans qu'il y ait lieu d'exiger une acceptation spéciale. Cette solution peut se réclamer de l'analyse du contrat de transport en tant que contrat tripartite (chargeur, transporteur et destinataire) dans lequel le destinataire, porteur du connaissement, succède aux droits et obligations du chargeur et peut donc se

voir opposer la clause de compétence valable à l'égard du chargeur, sans qu'il y ait lieu d'exiger une acceptation spéciale. Mais selon une autre variante, la Première Chambre civile a admis l'opposabilité d'une clause compromissoire au tiers cessionnaire d'une créance au seul motif que la clause d'arbitrage, « valable par le seul effet de la volonté des contractants », est transmise au cessionnaire avec la créance (par ex, Cass. civ 1<sup>re</sup>, 28 mai 2002, *Cimat Rev crit DIP* 2002.758, note N. Coipel-Cordonnier). L'analogie des termes utilisés avec ceux de l'arrêt *Dalico* (préc.) conduit à se demander si cette solution ne révèle pas l'existence d'une règle matérielle internationale au regard de la quelle la transmissibilité de la clause serait liée à son autonomie, indépendamment de la validité de la transmission des droits substantiels. Cette solution encourt la critique. Car la Cour de cassation utilise ici un principe – l'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal entaché de nullité – pour répondre à une question radicalement différente : la convention d'arbitrage s'applique-t-elle à une personne qui ne l'a pas conclue (en l'occurrence le cessionnaire d'un contrat?). Or, s'il n'y a pas transmission valable de contrat, il ne peut y avoir transmission de la clause...

On voit donc que l'opposition de fond entre les deux Chambres concerne en réalité l'imputation de l'obligation de s'informer. L'opposition est à nuancer, en réalité, selon que le connaissance est émis sous couvert d'un contrat de transport ou d'un contrat d'affrètement. Dans ce dernier cas, le fréteur émet un connaissance négociable à la demande de l'affréteur, qui est un titre qui représente la marchandise. La Première chambre civile semble alors assimiler le connaissance à un effet de commerce (v. Cass civ 1<sup>re</sup>, 16 mars 2004, *Rev crit DIP* 2004.763, 2<sup>ème</sup> esp., note F. Jault-Seseke) en affirmant que la clause compromissoire insérée dans une charte-partie au voyage n'est pas opposable au destinataire des marchandises, porteur du connaissance émis en exécution de la charte. En effet, en application des principes du droit cambiaire, le tiers porteur du connaissance peut se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions, dont la clause compromissoire contenue dans la charte-partie. Elle semble donc considérer que la clause compromissoire doit par principe être déclarée inopposable au destinataire porteur du connaissance. La Chambre commerciale arrive à une solution analogue par un raisonnement différent, aux termes duquel les connaissances de charte-partie deviennent les instruments d'un contrat de transport à part entière dès lors qu'ils passent entre les mains du destinataire, qui reste étranger au contrat d'affrètement. Or, puisque le contrat d'affrètement n'est pas en cause, les dispositions de la charte-partie ne doivent pas en principe recevoir application dans les rapports entre le fréteur-transporteur et le destinataire.

En dehors de ce cas, si on estime, comme la Première chambre, que le destinataire, professionnel averti, devrait s'attendre à ce que le contrat de transport contienne une clause de choix de for, on fera peser sur lui la charge de s'informer et le cas échéant, contester la clause, faute de quoi elle s'imposera à lui. A l'inverse, le souci de la Chambre commerciale de protéger le destinataire contre le jeu d'une clause qu'il n'était pas nécessairement en mesure de contester, conduira à ne la lui rendre opposable que s'il a donné son consentement exprès à être liée par elle. Sans doute est-il difficile de trancher ce débat sur le terrain de l'opportunité, tant sont diverses les situations de fait, qui varient selon que transporteur, chargeur et destinataire ont ou non des relations habituelles d'affaires, et qui recouvrent aussi bien le cas du destinataire occasionnel que celui du professionnel du négoce qui réceptionne habituellement de grandes quantités de marchandises (C Legros, obs préc. *JDI* 2006, p. 631).

L'exigence systématique d'une acceptation spéciale du destinataire est très souvent perçue comme relevant d'un formalisme qui cadre mal tant avec le besoin de souplesse habituellement associé au commerce international, qu'avec les attentes réelles des professionnels du transport maritime, au point qu'elle encourt parfois le soupçon de protectionnisme de la corporation française des transporteurs (v. C. Legros, obs *JDI* 2006, p.632, citant l'avertissement diffusé en ce sens par un P & I Club britannique à ces membres). Mais l'attention inverse prêtée aux usages du transport maritime, qui conduit à intégrer la pratique de la clause à l'économie du contrat elle-même opposable aux ayants droits, fait sans doute trop peu de cas à la solidarité nécessaire entre la clause de choix de for et le contenu du contrat concerné. En effet, le caractère accessoire de la clause de choix de for signifie que si les droits substantiels ne sont pas transmis selon la loi applicable, il ne sert à rien que la clause le soit ; en revanche, l'efficacité de la clause postule qu'elle soit transmise avec les droits qu'elle concerne.

Cette dernière considération inspire la jurisprudence de la Cour de justice relative à la transmission d'une clause attributive de juridiction valable entre les parties au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (23 Règlement), qui, précisément pour cette raison, n'évince pas la loi du contrat. Selon son arrêt CJCE *Tilly Russ*, aff. 71/83 du 19 juin 1984 (contentieux relatif à l'opposabilité au tiers porteur du connaissance d'une clause attributive conclue entre le chargeur et le transporteur), Ainsi, pour la Cour de justice, la transmissibilité de la clause attributive est solidaire du sort des droits et obligations auxquelles elle se rapporte (sur cette solidarité, v. P Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev arb* 1998.359). Or, la transmissibilité de ces derniers dépendant de la loi applicable, il faut donc interroger celle-ci pour savoir si une clause contenue dans le connaissance est opposable au tiers porteur de ce dernier. Ainsi, dans un contentieux relatif à l'opposabilité au tiers porteur du connaissance d'une clause attributive conclue entre le chargeur et le transporteur : « [24] c'est au droit national applicable qu'il revient de déterminer si le tiers au contrat initial a succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations » ; « [25] si tel est le cas, le consentement du tiers à la clause insérée dans le contrat initial n'a pas à être vérifiée » (aff. *Tilly Russ*, préc.).

La démarche conflictuelle, qui consiste à interroger la loi applicable sur la transmission au tiers porteur du connaissance des droits et obligations issus de celui-ci, se conjugue ainsi avec une règle matérielle favorable à la transmission de la clause, plus conforme aux besoins du commerce international, mais en évitant de créer le risque de transmettre une clause qui jouerait dans le vide. L'inconvénient pratique de la solution conflictuelle réside dans le fait que lois nationales divergent sensiblement relativement à la question de savoir si le destinataire succède aux droits du chargeur (F. Bernard-Fertier, obs *Rev crit DIP* 2001, p. 372). Mais comme le montre l'exemple du droit positif français, les divergences semblent concerner bien moins la transmission de obligations au fond que la question précisément du rayonnement de la clause de choix de for. Or, c'est sur ce point qu'intervient la règle matérielle évoquée (Il faut reconnaître toutefois que la divergence affecte pareillement la solution du conflit de lois. Sur ce point, les systèmes hésitent entre la loi du contrat cédé et la loi du lieu de l'émission du tire, en accentuant son caractère cambiaire). On a pu contester la légitimité de l'ambition ainsi prêtée au droit communautaire, au regard du libellé et de l'objet de l'article 17 (23), à se prononcer sur la question de la transmissibilité de la clause attributive (J.-M. Bischoff, obs *JDI* 1985.165). Mais la position contraire de la Cour, qui consacre très clairement la vocation d'une clause valable au regard de l'article 17 à rayonner au-delà du cercle des contractants initiaux, est liée à la conscience de l'importance pratique considérable du mécanisme de l'opposabilité des clauses dans le commerce international. Elle rappelle au demeurant que l'objet de l'article 17 est de neutraliser les effets des clauses qui risqueraient de passer inaperçues dans les contrats, et non de permettre au tiers porteur de se soustraire au choix de for découlant du connaissance sous prétexte de ne pas avoir donné son consentement formel (v attendu 24 et F. Leclerc, obs *Rev crit DIP* 2000, p. 230).

Ainsi, il faut d'abord interroger la loi du contrat cédé sur la transmission des droits au fond, puis admettre ensuite, si cette transmission est acquise, qu'une règle matérielle d'origine communautaire conduit à considérer alors que la clause se transmet avec les droits et obligations qu'elle concerne. Il faut en toute hypothèse se garder de confondre le cas de la transmission de la clause à un tiers avec celui où il s'agit de savoir si la clause du contrat principal s'étend également à des contrats liés. Il s'agit là d'un problème non de la *transmission* (aucune des parties au contrat de base ne disparaît au profit d'un tiers) mais de l'*extension* de la clause d'arbitrage à de nouvelles parties, qui soulève des difficultés très différentes. Ainsi, la Cour de cassation refuse traditionnellement d'étendre la clause d'arbitrage à des personnes n'y ayant pas consenti, même si elles participent à un groupe de contrats liés au contrat de base, comme la caution ou la banque garante à première demande. Mais elle a admis la solution inverse dans un cas de substitution de mandataire (Cass civ 1<sup>re</sup>, 8 févr 2000, *Rev crit DIP* 200.763, note N. Coipel-Cordonnier), au motif que « la clause d'arbitrage s'impose à toute partie venant aux droits d'un des contractants ». C'est sans doute parce que la dénomination « substitution de mandataire » est trompeuse : elle n'implique aucune substitution d'une partie à une autre comme dans le cas d'une transmission, mais un élargissement du cercle contractuel. Il y a ici un sous-contrat et non pas une chaîne contractuelle.

Dans le cas particulier de la clause attributive de juridiction régie par l'article 17 de la Convention de Bruxelles, objet de cette jurisprudence de la Cour de justice, celle-ci précise que, si la transmission des obligations au tiers porteur du connaissement n'est pas admise par la loi applicable, l'opposabilité de la clause à son égard suppose son acceptation dans les conditions posées par ce texte. Or, on sait que la validité en la forme de la clause est acquise si elle est conforme aux usages. Ainsi, dès lors qu'il existe, en matière de transport maritime, un usage au regard duquel l'insertion de la clause de for dans le connaissement vaut acceptation du tiers porteur, comme le laisse entendre la pratique arbitrale, la preuve de l'acceptation de la clause s'en trouve grandement facilitée (F Bernard-Fertier, obs *Rev crit DIP* 2001.373) et la boucle en quelque sorte bouclée. Pareil raisonnement doit pouvoir être transposé sans difficulté aux clauses d'arbitrage figurant dans les mêmes conditions dans les connaissements.

La méthode ainsi dégagée pour la cession de contrat a vocation à s'appliquer pareillement à l'hypothèse de la transmission de l'action contractuelle dans une chaîne translatrice de propriété. Renversant sa propre jurisprudence par laquelle elle refusait d'admettre l'opposabilité de la clause d'arbitrage dans une chaîne translatrice de propriété en l'absence d'acceptation du sous-acquéreur (Cass. civ 1<sup>re</sup>, 6 nov 1990, *Frazer*, *Rev arb* 1991.73, et la chr. de Ph Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev arb* 1991.19.), la Cour de cassation a posé en 2001 le principe contraire de la transmission de la clause compromissoire avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable du sous-acquéreur de l'existence de cette clause (Cass civ 1<sup>re</sup>, 6 février 2001, *Peavey*, *Rev crit* 2001.522, note F. Jault-Seseke, *JCP* 2001.II.10567, note C. Legros, *Rev. arb.* 2001.765, note D. Cohen). Se prévalant du contenu du contrat originaire, il subit naturellement le jeu de la clause qui accompagnait les obligations du vendeur initial. Comme en matière de cession de contrat, la cour régulatrice recourt donc à la technique de la règle matérielle (proposant en ce sens une règle matérielle énonçant la transmission de toutes les clauses au sous-acquéreur, v Leclerc, obs *Rev crit DIP* 2000, p. 234 et s.) affranchissant la question de la transmission de la clause du conflit de lois - ce qui soulève à nouveau le problème de la solidarité entre la clause de choix de for et les droits et obligations qui en relèvent. Il serait préférable, ici encore, que la loi du contrat concerné (dont l'identification suppose de déterminer le fondement de la transmission de l'action contractuelle. Si on admet que la transmission résulte d'une extension du bénéfice du contenu du premier contrat au profit du sous-acquéreur, la loi du premier contrat a vocation à se prononcer sur la transmissibilité de l'action : v. J. Bauerreis, « Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », *Rev crit DIP* 2000.331) se prononce sur la transmission de son propre contenu obligationnel avant d'admettre la circulation automatique de la clause. Mais v. Cass. com 23 mai 1999, *Rev crit* 2000.224, note F. Leclerc, la refusant au motif que l'action n'est pas contractuelle pour les besoins de la Convention/Règlement de Bruxelles. Le fabricant ne pouvait donc opposer une clause, conforme à l'article 17, au sous-acquéreur. Cette solution a été critiquée, d'abord en opportunité, car elle conduit à un éclatement du contentieux qu'aurait évité le rayonnement en aval de la clause ; ensuite au regard des objectifs même de la jurisprudence *Jakob Handte/Réunion européenne*, qui recherche la prévisibilité de la compétence à l'égard du fabricant; enfin, parce que rien n'oblige à déduire du caractère délictuel de l'action du sous-acquéreur l'inopposabilité des clauses attributives. Si les deux parties avaient conclu une clause une fois survenu le litige, on en aurait admis la validité.

**b. La compétence pour trancher la question de l'opposabilité.** Revient-il au juge étatique (ou, dans le cas d'une clause attributive, non élu) de statuer sur le moyen tiré de l'inopposabilité de la clause d'élection de for par le tiers porteur du connaissement, qui se prétend étranger au contrat de transport ou d'affrètement sous couvert duquel le connaissement a été émis ? La question est celle de l'impact du principe compétence-compétence dans son effet négatif. La jurisprudence récente fait jouer pleinement l'effet négatif du principe (depuis Cass. civ. 1<sup>re</sup> 5 janvier 1999, *Zanzi*, *préc.* Par une jurisprudence très fournie la Première Chambre civile a admis l'effet négatif du principe de compétence - compétence, d'abord sur le fondement de l'article 1458 NCPC, puis sous la forme d'une règle matérielle affranchie de toute référence textuelle. Un arrêt récent de la Chambre commerciale a donné pareillement effet au principe compétence-compétence dans son effet négatif (Cass. com 21 fév 2006, *JDI* 2006.622, note C. Legros, *Rev. arb.* 2006.945, note E. Gaillard), annonçant peut-être une orientation nouvelle de sa jurisprudence qui n'hésitait pas à imposer au juge du fond saisi de la contestation des effets de la clause d'affirmer l'inopposabilité de celle-ci au destinataire des marchandises. Il est reconnu ainsi priorité à l'arbitre (ou au juge élu) pour statuer sur l'applicabilité

de la clause contestée. Cette solution notion, propre à l'arbitrage international (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 919 et s., note D. Cohen ; *Rev crit DIP* 2002, p. 555 et s., note F. Jault-Seseke ; *JCP E* 2002. 274, p. 277 et s., note Ch. Kaplan et G. Cuniberti), semble bien recouvrir l'opposabilité de la clause à l'égard de parties autres que les cocontractants originaires.

La seule exception admise à cette priorité est (la nullité ou) l'inapplicabilité « manifeste » de la clause (sur la controverse relative à l'existence même de l'exception, difficile à concilier tant avec le principe de validité de la clause, du moins s'agissant de la clause compromissaire qu'avec le sens même du principe compétence-compétence : v. D Cohen, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 919 et s. ; sur l'ensemble, O. Cachard, *op cit*), ce qui semble signifier que dès lors qu'il existe une apparence de clause, l'arbitre ou le for élu doit statuer prioritairement sur le rayonnement de la clause. On a pu douter de l'opportunité de cette solution, apparemment peu partagée en droit comparé (l'article 8 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international consacre aussi une conception bien plus lâche de la priorité de l'arbitrage), qui oblige le juge étatique (ou non élu) à se dessaisir, au moins provisoirement. Mais l'entorse ainsi admise à l'économie de la justice, en obligeant un juge déjà saisi à se déclarer incompétent, semble bien être le prix du respect, à long terme, de la compétence de l'arbitre ou du juge élu (au delà de la question des incidents de compétence dilatoires, si les juridictions étatiques pouvaient statuer immédiatement sur la compétence des arbitres, le contentieux de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage se trouverait dispersé devant toutes les juridictions susceptibles de connaître du fond du litige en l'absence de convention d'arbitrage. Or, la volonté du législateur de 1981 a été de centraliser ce contentieux devant la cour d'appel compétente pour connaître de l'annulation ou de l'exécution des sentences en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile.

Bien entendu, le seul déplacement de la question entre les mains du for élu ne permet pas de la trancher au fond. Sans doute la priorité donnée à l'arbitre ou au juge élu présente-t-elle l'avantage de permettre à celui-ci de décider dans chaque cas, en fait, si le destinataire doit être considéré comme étant lié par la clause, en fonction des circonstances. En réalité, il semble que la jurisprudence arbitrale se montre généralement encline à admettre que le professionnel du transport maritime « savait ou aurait dû savoir » qu'une clause de for était susceptible de figurer dans le contrat F Arradon, « L'incorporation des clauses de charte-partie dans les connaissements », *DMF* 2004.883 ; C Legros, obs précitées *JDI* 2006.628). Le juge étatique élu, quant à lui, devra prendre position au regard des différentes possibilités exposées plus haut.