

ÉLECTION DE FOR ET TIERS : APPROCHE GÉNÉRALE

Sylvain BOLLÉE

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le sujet que je m'appête à traiter entremêle, de prime abord, des données contradictoires. L'élection de for repose sur un accord conclu entre des parties, et les tiers y sont par définition extérieurs. A ce titre, la convention attributive de juridiction n'a normalement pas vocation à produire d'effets à leur égard, comme le veut le principe de l'effet relatif des contrats. Ce principe, il est vrai, n'est pas formulé en tant que tel par le Règlement Bruxelles I, mais il est le pendant logique de l'article 25 § 1 qui fait du consentement des parties la pierre angulaire de l'élection de for. Le lien entre le consentement et l'applicabilité *ratione personae* de la clause est d'ailleurs mis en avant par la Cour de justice¹.

Autant le dire sans plus tarder : cette idée simple ne rend pas compte de tout le droit positif. En réalité, les conventions attributives de juridiction se voient reconnaître une certaine aptitude à circuler. Les hypothèses peuvent être diverses : cession de contrat ou de créance, subrogation, transmission d'un connaissance... La jurisprudence montre bien que dans tous ces cas de figure, et dans d'autres, la convention attributive de juridiction a une capacité de rayonnement au-delà du cercle des parties initiales.

Ces données premières ne disent pas grand-chose de la possibilité de tenir le cap suggéré par l'intitulé de cette contribution : la mise au jour d'une « approche générale » des relations entre élection de for et tiers. Qu'en est-il ? À dire vrai, en considérant la jurisprudence de la Cour de justice², on peut entretenir quelques doutes quant à l'existence d'une construction d'ensemble cohérente. Le problème principal résulte d'un arrêt bien identifié. Il s'agit de l'arrêt *Refcomp*, rendu par la Cour de justice le 7 février 2013³, qui consacre un principe d'inopposabilité au sous-acquéreur de la clause attributive de juridiction figurant dans le contrat de vente initial. Autrement dit, la circulation de clause se trouve écartée dans le contexte des chaînes de contrats. Plus que la solution elle-même, c'est sa motivation qui fait difficulté, car comme on va le voir bientôt, elle repose sur une logique totalement antinomique avec celle des arrêts ouverts à une transmission des clauses attributives de juridiction.

¹ V. ainsi CJUE, 7 févr. 2013, *Refcomp*, aff. C-543/10, pt. 27 et s., *D.* 2013. 1110, note S. Bollée, 2301, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2013.710, note D. Bureau ; *RTD civ.* 2013.338, obs. P. Rémy-Corlay ; *RTD civ.* 2014.436, obs. Ph. Théry ; *JCP* 2013, 1129, note C. Nourissat ; *JDI* 2013.1201, note S. Clavel ; *Europe* 2013, comm. 194, note L. Idot ; CJUE, 21 mai 2015, *CDC*, aff. C-352/13, pt. 64, *D.* 2015.2031, obs. L. d'Avout ; 2016.1045, obs. F. Jault-Seseke ; *Procédures* 2015, comm. 225, obs. C. Nourissat ; *RTD eur.* 2015.807, note L. Idot ; *Europe* 2015, comm. 287, obs. L. Idot ; *JCP* 2015, 655, note D. Berlin ; *JDI* 2016, chron. 10, n° 7, obs. L. d'Avout.

² C'est exclusivement sur celle-ci que l'on se concentrera, en principe, dans cette contribution.

³ CJUE, 7 févr. 2013, aff. C-543/10, préc.

Compte tenu de ce hiatus, on pouvait raisonnablement s'interroger, après l'arrêt *Refcomp*, sur la direction – ou les directions – que prendrait la jurisprudence de la Cour de justice s'agissant de la circulation des clauses. Onze ans après, on dispose d'une certaine visibilité à ce sujet et l'impression globale est que l'arrêt *Refcomp* n'a pas fait tache d'huile. Mais la Cour de justice n'est pas revenue dessus et il se marie toujours mal avec le reste des solutions. Par ailleurs, et c'est là un autre problème si l'on cherche à dégager une approche générale, les conditions précises de la circulation – ailleurs qu'en matière de chaînes de contrats – semblent changeantes. La question-clé, en général, est de savoir si au regard du droit applicable au fond les droits contractuels auxquelles se rapporte la clause ont eux-mêmes été transmis. Mais cela n'empêche pas la Cour d'introduire ponctuellement des limites supplémentaires à la transmission des clauses, ni sa jurisprudence de susciter certaines interrogations.

Il paraît donc utile de mettre un peu d'ordre dans le sujet et, dans la perspective de la refonte du Règlement, d'essayer de repérer des voies d'amélioration. C'est à cette double tâche que je m'attellerai, d'abord en dressant un état des lieux (I), puis en formulant certaines propositions (II).

I. ETAT DES LIEUX

S'agissant de l'état des lieux, il faut commencer par rappeler que le Règlement Bruxelles I bis, comme les textes qui l'ont précédé, est silencieux quant au point de savoir si une convention attributive de juridiction peut circuler et, dans l'affirmative, à quelles conditions. La Cour de justice s'est prononcée dans différents arrêts que l'on peut schématiquement classer en trois familles.

A. – Arrêts favorables à la transmission

Première famille : celles des arrêts qui admettent la transmission de la clause en la reliant à celle des droits contractuels, intervenue en application du droit applicable au fond. L'arrêt séminal, à cet égard, est celui qui a été rendu voici déjà presque quarante ans dans l'affaire *Tilly Russ*⁴. Dans cette décision, la Cour a jugé qu'une clause stipulée dans un contrat de transport maritime produisait ses effets à l'égard d'un tiers porteur du connaissance dès lors que celui-ci avait « succédé au chargeur dans ses droits et obligations en vertu du droit national applicable ». Cette solution a par la suite été confirmée dans les arrêts *Trasporti Castelletti*⁵, *Coreck*⁶ et en dernier lieu *Maersk*⁷. Il s'agit d'une transmission automatique, qui ne suppose pas un consentement du tiers dans les termes de l'article 25. Comme le dit clairement la Cour, ce serait seulement

⁴ CJCE, 19 juin 1984, aff. 71/83, *Rev. crit. DIP* 1985.385, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1985.159, obs. J.-M. Bischoff ; *DMF* 1985.89, note P. Bonassies.

⁵ CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Rev. crit. DIP* 1999.559, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2000.528, obs. A. Huet ; *DMF* 2000.11, note Ph. Delebecque.

⁶ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-387/98, *Rev. crit. DIP* 2001.359, note F. Bernard-Fertier ; *JDI* 2001.701, note J.-M. Bischoff ; *DMF* 2001.187, note Ph. Delebecque.

⁷ CJUE, 25 avr. 2024, aff. C-345/22 à C-347/22, *D. actu.* 16 mai 2024, obs. P. Gondard ; *D.* 2024, obs. L. d'Avout (à paraître).

dans le cas où le droit applicable ne prévoirait pas qu'il vient aux droits du chargeur que le jeu de la clause supposerait un tel consentement. Il ne s'agirait pas alors, à proprement parler, d'une circulation de la clause ; le mécanisme correspondrait plutôt à celui, banal, du consentement à une convention attributive de juridiction⁸.

L'idée à la racine de la jurisprudence *Tilly Russ* a, virtuellement, une portée qui va bien au-delà du cas du connaissance. Cette idée est que si un tiers devient titulaire des droits contractuels, il « chausse les bottes » du contractant initial ; c'est pourquoi il se trouve, à son tour, lié par la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat. Il y va du respect de l'intégrité du régime des droits contractuels, tel que les parties l'ont configuré au départ – pour reprendre une formule de la Cour de cassation, la clause « fait partie de l'économie du contrat »⁹. Il y va aussi, bien sûr, du respect des légitimes prévisions de l'autre partie – celle qui se retrouve face à un nouveau titulaire des droits contractuels. Ces justifications sont bien connues des spécialistes du droit de l'arbitrage, qui admet de longue date ce type de circulation pour la clause compromissoire¹⁰.

Dans l'arrêt *Maersk*, la Cour de justice s'est montrée soucieuse d'assurer l'effectivité de cette jurisprudence en condamnant une règle nationale ayant pour effet de désolidariser, du point de leur circulation, la clause d'élection de for et les droits substantiels. Il s'agissait en l'occurrence d'une règle espagnole qui, tout en admettant que le tiers acquéreur d'un connaissance était « subrogé » dans l'intégralité des droits et obligations du chargeur, subordonnait l'opposabilité de la clause à son égard à la condition qu'il l'ait négociée individuellement et séparément¹¹. Cet arrêt a l'intérêt de montrer que la place accordée au

⁸ On peut rapprocher de cette idée la solution consacrée par l'arrêt *Gerling*, selon laquelle les tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui contenue dans un contrat d'assurance peuvent se prévaloir de la clause attributive de juridiction insérée dans ledit contrat et se référant à des litiges susceptibles d'être soulevés par eux (CJCE, 14 juillet 1983, aff. 201/82). Dans ce cas de figure, le jeu de la clause se justifie du simple point de vue du consentement des parties au procès : l'assureur est réputé avoir valablement donné le sien (sous réserve du respect des formes requises) en faveur du bénéficiaire, même non partie au contrat, et celui-ci entend précisément invoquer la clause (ce qui règle la question de son propre consentement). Très récemment, la Cour de cassation a interrogé la Cour de justice sur la portée de cette solution et, en particulier, son applicabilité en dehors du domaine de l'assurance (Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2024, n° 22-22.015). Quant à ce dernier point, on peut penser que la réponse devrait être affirmative (v. également H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *op. cit.*, n° 178). La véritable interrogation, en fait, serait plutôt de savoir si la clause pourrait être *opposée* au tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui. Cet aspect sera abordé un peu plus loin.

⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2013, *Rev. crit. DIP* 2013.725, note D. Bureau ; *D.* 2013.1503, obs. F. Jault-Seseke.

¹⁰ V. ainsi Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, *Rev. arb.* 2000.280, note P.-Y. Gautier ; *Rev. crit. DIP* 2000.763, note N. Coipel-Cordonnier ; *RTD com.* 2000.596, obs. E. Loquin ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *D.* 2007.2077, note S. Bollée, 2008.180, obs. Th. Clay ; *JCP* 2007, I, 10118, note C. Golhen ; *JCP* 2007, I, 168, n° 11, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. crit. DIP* 2007.798, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 2007.785, note J. El Adhab ; *JDI* 2007.968, note C. Legros ; *RTD com.* 2007.677, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.*, 22 novembre 2007, p. 6, chron. F.-X. Train ; *RTD civ.* 2008.541, obs. Ph. Théry. V. not., à ce sujet : Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1991.19 ; E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 2004.49 ; P. Mayer, « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005.251.

¹¹ Rappr. la solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 14 déc. 2022, D. 2023.438, note Ph. Delebecque, 925, obs. F. Jault-Seseke, 1812, obs. E. Farnoux ; *RTD com.* 2023.209, obs. B. Bouloc), selon laquelle le destinataire agissant en responsabilité contractuelle contre le transporteur maritime ne peut pas se voir opposer la clause de compétence contenue dans le connaissance. La Cour ajoute : « à moins qu'il ne l'ait spécialement acceptée ou que la compétence internationale qu'elle institue ne s'impose en vertu d'un traité ou

raisonnement en termes de conflit de lois demeure limitée : c'est une véritable règle matérielle que pose – et impose – la Cour de justice pour lier la circulation de la clause et celle des droits substantiels ; la référence au droit national ne vaut qu'autant qu'il s'agit de régler la question préalable qui est de savoir si, oui ou non, les droits substantiels ont été transmis au tiers acquéreur du connaissance.

Le potentiel d'expansion de la jurisprudence *Tilly Russ* s'est vérifié, en particulier dans un cas qui, par excellence, faisait figure de test : celui de la cession de créance. Dans l'affaire *CDC*, en effet, la Cour a affirmé que le cessionnaire pouvait se voir opposer la clause stipulée dans le contrat « 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 »¹².

La même solution se rencontre dans l'arrêt *DelayFix*¹³. La formulation de celui-ci comporte, il est vrai, une apparente variation. La Cour, dans la partie dispositive de sa décision – c'est-à-dire, lorsqu'elle « dit pour droit » –, a fait référence cette fois à la « législation de l'Etat dont les juridictions sont désignées dans cette clause ». Cela pouvait sembler doublement étrange. D'une part, parce que le fondement de la potentielle circulation de la clause commande de s'en remettre à la même loi que celle qui régit la transmission des droits contractuels. Appliquer une autre loi exposerait à disjoindre la circulation des droits contractuels et celle de la clause, alors que toute l'idée est justement de lier leur sort. D'autre part, parce que précisément, au point 47, la Cour faisait bien référence au « droit national applicable au fond ». Face à ce constat, il paraissait possible de voir les choses de deux manières. La première était de considérer qu'il s'agissait simplement d'une « erreur de plume »¹⁴. Une erreur de plume qui pouvait s'expliquer par le fait que la Cour, dans l'arrêt, avait aussi abordé la question – différente – de la validité même de la clause ; or, comme elle l'avait rappelé, il résulte de l'article 25 § 1 que cette question dépend la loi du tribunal élu. La deuxième manière de voir les choses était qu'il y avait peut-être, en fait, une subtilité. En effet, si l'on suit le considérant 20 du préambule, la référence au droit de l'Etat désigné, à l'article 25, doit s'entendre comme englobant « les règles de conflit de lois de cet Etat membre »¹⁵. Ce que la Cour avait voulu dire était peut-être, en fait, que la transmission des droits contractuels devait s'apprécier au regard de la loi désignée par les règles de conflit de l'Etat élu. Cette

du droit de l'Union européenne ». Cette réserve conduit à écarter l'application de cette règle d'inopposabilité lorsque la convention attributive de juridiction relève du règlement Bruxelles I – comme l'aurait autrement imposé la jurisprudence *Maersk*.

¹² CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13, préc., pt. 65.

¹³ CJUE, 18 nov. 2020, aff. C-519/19, *D.* 2021.412, note F. Jault-Seseke, 1841, obs. E. Farnoux ; *RTD eur.* 2021.455, obs. L. Grard ; *Procédures* 2021, comm. 70, note C. Nourissat ; *CCE* 2021, chron. 1, n° 10, obs. M.-E. Ancel ; *JDI* 2021, 21, note L. Larribère ; *JDI* 2021, chron. 8, n° 9, obs. S. Sánchez-Lorenzo ; *Rev. crit. DIP* 2021.421, note J. Heymann ; *Europe* 2021, comm. 40, note L. Idot.

¹⁴ Concl. de l'av. gén. M. Collins dans l'affaire *Maersk* préc. (C-345/22), pt. 50.

¹⁵ La solution suggérée par ce considérant n'est pas, il est vrai, unanimement admise. V. ainsi, en sens contraire, C. Nourissat, « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le Règlement "Bruxelles I bis" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 567, spéc. p. 574-575.

transposition du considérant 20 au problème de la loi applicable à la transmission n'aurait pas été insensée¹⁶. Mais si c'était ce que la Cour avait en tête, il aurait été bon qu'elle l'indique bien plus clairement car la formulation de l'arrêt *Ryanair* était de nature à induire en erreur. L'arrêt *Maersk*, rendu en matière de connaissance, a clarifié les choses et invalidé cette deuxième lecture possible de l'arrêt *DelayFix*. Dans l'arrêt *Maersk*, en effet, la question de savoir le tiers « est subrogé dans l'intégralité des droits et des obligations de l'une des parties initiales au contrat » se trouve soumise « au droit national applicable au fond, tel que déterminé en application des règles de droit international privé de l'État membre dont relève la juridiction saisie du litige »¹⁷. En outre, cet arrêt énonce que la « règle de conflit de lois » de l'article 25 § 1 « ne régit en revanche pas l'opposabilité de la clause concernée à un tel tiers »¹⁸. La référence au point de vue l'ordre juridique du juge élu se voit ainsi écartée – ce qui n'a de toute façon qu'une incidence limitée compte tenu de la très large unification, à l'échelle européenne, des règles de conflit de lois en matière contractuelle¹⁹.

B. – Arrêt défavorable à la transmission

Deuxième « famille » dans la jurisprudence de la Cour de justice, si l'on peut employer cette expression s'agissant d'une décision unique : l'arrêt *Refcomp*. Comme je l'ai déjà rappelé, cet arrêt exclut la transmission de la clause attributive de juridiction dans une chaîne de contrats. Le problème est que les raisons mis en avant, si elles étaient prises à la lettre, conduiraient aussi à écarter la transmission de la clause là où la Cour se montre disposée à l'admettre. En particulier, la Cour met en avant l'absence de consentement du sous-acquéreur, ainsi que l'absence de tout « lien contractuel », au sens de la jurisprudence *Jakob Handte*²⁰, entre ce même sous-acquéreur et le fabricant. Mais ne peut-on pas en dire autant du tiers porteur du connaissance ou du cessionnaire de créance ? Pour reprendre la formule de l'arrêt *Jakob Handte*, il n'y a pas entre eux « d'engagement librement assumé d'une partie envers l'autre ». Encore faut-il ajouter que la définition de la matière contractuelle a évolué depuis l'arrêt *Refcomp* : une action peut aujourd'hui être contractuelle même si elle n'est pas exercée entre cocontractants. Cela semble plutôt fragiliser la jurisprudence *Refcomp*.

Le point crucial, de toute façon, est ailleurs : si selon le droit applicable au fond, le sous-acquéreur exerce une action contractuelle et peut se voir opposer, à ce titre, les clauses du contrat de vente initial,

¹⁶ V. cep., défavorable, à cette transposition, M.-E. Ancel, « Le champ personnel des clauses d'élection de for », in M. Laazouzi, (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 121, spéc., p. 132-133.

¹⁷ Pt. 55.

¹⁸ Pt. 53.

¹⁹ Sur ce constat, v. par ex. M.-E. Ancel, *id.*

²⁰ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, JCP 1992, II, 21927, note C. Larroumet ; JCP 1992, I, 3664, obs. G. Viney ; JCP 1993, I, 3666, obs. M.-C. Boutard-Labarde ; JCP E 1992, II, 363, note P. Jourdain ; *Rev. crit. DIP* 1992.726, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1993.469, obs. J.-M. Bischoff ; *RTD civ.* 1993.131, obs. P. Jourdain ; *RTD eur.* 1992.709, note P. de Vareilles-Sommières ; *D.* 1993, somm. 214, obs. J. Kullmann.

pourquoi ne faudrait-il pas suivre, en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, une approche similaire à celle de la jurisprudence *Tilly Russ* ? Il est vrai que l'enjeu peut être lourd pour le sous-acquéreur ; mais c'est aussi le cas s'il s'agit, par exemple, de lui opposer une clause limitative ou exclusive de responsabilité. Et à cet égard, on suivra bien les dispositions du droit applicable au fond. Deux poids, deux mesures ; est-ce bien fondé ?

Dans l'arrêt *Refcomp*, la Cour se montre consciente de la différence d'approche par rapport à l'arrêt *Tilly Russ*. Elle tente de la justifier en mettant en avant deux éléments : d'une part – je cite – le « caractère très particulier du connaissance », d'autre part la concordance des droits nationaux pour admettre la transmissibilité des droits du chargeur. En réalité, il est permis de penser que le cas du connaissance n'est pas si particulier, et que la manière dont il est traité ne représente – ou ne devrait représenter – qu'une application particulière d'un principe plus général ; la jurisprudence intervenue en matière de cession de créance conforte d'ailleurs ce point de vue. Quant à la supposée concordance des droits nationaux, elle n'est sans doute pas exclusive de divergences entre eux, et c'est d'ailleurs bien pourquoi il importe de consulter le droit national compétent pour savoir s'il y a eu transmission des droits et obligations. Il est difficile de comprendre pour quelle raison la loi applicable à l'action du sous-acquéreur n'est pas interrogée, elle aussi, sur le point de savoir si le vendeur initial est en droit d'invoquer les clauses de son contrat. Il me semble y avoir là un manque de cohérence, qui soulève inévitablement la question de savoir si cette approche concurrente de l'approche *Tilly Russ* ne finira pas, à son tour, par s'étendre à d'autres cas.

C. – Arrêts introduisant des solutions spécifiques dans un but de protection

Troisième famille, enfin : celle des arrêts qui introduisent des solutions spécifiques, inspirées par un objectif de protection de certains tiers. C'est le cas de l'arrêt *Profit Investment*²¹, qui s'est prononcé sur l'opposabilité d'une clause attributive stipulée dans le prospectus d'émission de titres financiers, lorsque ces titres sont acquis par un tiers sur le marché secondaire. La Cour admet la transmissibilité façon *Tilly Russ*, mais en posant une condition supplémentaire : il faut non seulement que le tiers ait succédé au premier souscripteur dans les droits et obligations attachés au titre, en vertu du droit national applicable, mais aussi que le tiers ait eu « la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause, ce qui suppose que celui-ci soit aisément accessible »²². Il s'agit, assez clairement, de protéger l'investisseur.

Peut également être mentionné l'arrêt *Société financière et industrielle du Peloux*²³, dans lequel la Cour de justice a jugé qu'une clause attributive de juridiction figurant dans un contrat d'assurance ne pouvait pas être opposée à l'assuré bénéficiaire (non-souscripteur dudit contrat). Pour justifier cette inopposabilité,

²¹ CJUE, 20 avril 2016, aff. C-366/13, *Europe* 2016, comm. 21, note L. Idot ; *Procédures* 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat ; *JDI* 2017, 8, note C. Kleiner ; *JDI* 2017, chron. 11, n° 10, obs. J.-S. Quéguiner.

²² Pt. 36.

²³ CJCE, 12 mai 2005, aff. C-112/03, *Rev. crit. DIP* 2005.753, note V. Heuzé ; *Europe* 2005, comm. 271, note L. Idot ; *Procédures* 2006, comm. 75, obs. C. Nourissat.

la Cour a mis en avant « l'objectif de protection de la personne économiquement la plus faible, en l'occurrence l'assuré bénéficiaire »²⁴. L'arrêt *AAS Balta*²⁵ a par la suite prolongé la solution dans le domaine de l'assurance des « grands risques ». Si l'on transposait la logique de jurisprudence *Tilly Russ*, la logique voudrait pourtant, s'agissant d'une stipulation pour autrui, que le tiers qui entend profiter de cette dernière ne puisse pas s'affranchir de la configuration que lui ont donné le contrat et la loi applicable. Et la clause de compétence, dès lors qu'elle vise l'action que pourrait engager le bénéficiaire contre le promettant, participe bien – sur un plan certes particulier – de cette configuration du droit créé en faveur du premier²⁶. On est donc fortement tenté de voir, dans la règle d'inopposabilité consacrée par ces arrêts, une solution spéciale inspirée par une préoccupation de protection catégorielle – au demeurant discutable²⁷ – plutôt que l'application particulière d'une solution plus générale qui vaudrait pour toute stipulation pour autrui. La question préjudicielle que vient de poser la Cour de cassation²⁸, à propos du problème inverse (celui de l'invocabilité par le bénéficiaire de la clause insérée dans le contrat conclu entre le promettant et le stipulant), pourrait donner à la Cour de justice l'occasion de le confirmer²⁹.

Sur un sujet connexe, il y a lieu d'évoquer enfin l'arrêt *Assens Havn*³⁰, qui dans un objectif déclaré de « protection des victimes de dommage », tient pour inopposable à la victime disposant d'une action directe contre l'assureur de l'auteur du dommage la clause attributive de juridiction insérée dans le contrat d'assurance. La solution est motivée par des considérations tirées des dispositions spéciales du Règlement en matière d'assurance, il n'en demeure pas moins qu'elle aboutit à un écart par rapport à la logique inhérente à la jurisprudence *Tilly Russ* : celle-ci voudrait que la victime, réclamant le bénéfice du contrat d'assurance, puisse se voir opposer la clause qui en est partie intégrante. Or c'est l'inverse qui arrive.

II. PROPOSITIONS

A la lumière de cet état des lieux, quelles propositions peut-on formuler, en ayant en vue la refonte du Règlement ? Deux voies méritent d'être explorées : le perfectionnement des solutions actuelles, et leur dépassement.

A. – *Perfectionnement des solutions actuelles*

²⁴ Pt. 40.

²⁵ CJUE, 27 févr. 2020, aff. C-803/18, D. 2020.951, obs. F. Jault-Seseke, 1970, obs. E. Farnoux ; *Europe* 2020, comm. 133, note L. Idot ; *Rev. crit. DIP* 2020.779, note M. Laazouzi.

²⁶ V. cependant, en faveur de l'inopposabilité de la clause au bénéficiaire de la stipulation pour autrui, H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *op. cit.*, n° 178.

²⁷ V. la critique de V. Heuzé, note préc.

²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2024, n° 22-22.015.

²⁹ Sur ce point, v. *supra*, note 8.

³⁰ CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-368/16, D. 2017.2054, obs. S. Bollée, 2018.966, obs. F. Jault-Seseke ; *Procédures* 2017, comm. 235, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2017, comm. 391, obs. L. Idot ; *JDI* 2018, chron. 9, n° 8, obs. S. Sixto Sánchez Lorenzo.

Le perfectionnement, d'abord, devrait passer par trois points.

Premier point : la consolidation et, sous réserve de certaines exceptions rationnelles et délimitées – je vais y venir –, la généralisation de la jurisprudence *Tilly Russ* : la clause doit circuler avec le contrat et les droits et obligations qu'il a fait naître. Par exemple, la clause devrait être transmise, outre dans les cas déjà envisagés, dans celui d'une subrogation – comme l'a jugé la Cour de cassation –, d'une succession ou d'une fusion-absorption. Comme on l'a vu, ce principe de circulation peut se recommander sur un argument très fort, qui est que la clause d'élection de for est une composante du régime des droits contractuels. On ne peut pas transmettre des droits différents de ceux qu'on a soi-même, et c'est justement ce qui se passerait si la transmission avait pour conséquence de désactiver l'effet de la clause attributive. Le fait que par ailleurs on reconnaisse à la clause une certaine indépendance par rapport au contrat ne remet pas en cause cette analyse ; la jurisprudence ne semble jamais avoir eu de mal à l'admettre, que ce soit pour la clause attributive de juridiction ou la clause d'arbitrage.

Deuxième point : la dissipation de certaines ambiguïtés, voire la correction de certains défauts dans la formulation des solutions. Je parlais tout à l'heure d'une erreur de plume ou d'un manque de clarté au sujet de la loi applicable à la transmission (problème que l'arrêt *Maersk* a rectifié), mais il y a un autre problème, au moins de présentation. La Cour, en effet, relie la transmission de la clause à la condition que les tiers aient « succédé au contractant dans ses droits et obligations »³¹, « dans tous ses droits et obligations »³² ou encore « dans l'intégralité des droits et des obligations de l'une des parties initiales au contrat »³³. Ces formules sont récurrentes. A la lettre, elles ne concernent pas le cas de la transmission d'un droit contractuel isolé, c'est-à-dire détaché de tout ce qui résulte par ailleurs du contrat. Cela pourrait impliquer par exemple que la clause est inopposable à celui qui s'est porté cessionnaire d'une créance issue du contrat, mais non de toutes. De même, en cas de subrogation, la clause jouerait à l'égard du subrogé s'il a complètement désintéressé le subrogeant, non dans le cas inverse. Il suffirait que d'une manière ou d'une autre le contractant initial ait laissé un pied dans la relation contractuelle, pour que la clause ne circule pas. Cela serait, à mon avis, tout à fait absurde, et j'ose croire que la Cour de justice n'a pas l'intention d'admettre un tel résultat. Il serait bon, néanmoins, de dissiper toute ambiguïté à cet égard.

Troisième point : le principe général pourrait cohabiter, cela va de soi, avec des solutions dérogoires lorsqu'elles se justifient. Il pourrait s'agir, notamment, de protéger certaines parties faibles, comme dans l'arrêt *Assens Havn* : la Cour rappelle qu'en général, entre l'assureur et la victime, c'est cette dernière qui est la partie « économiquement et juridiquement la plus faible »³⁴.

³¹ V. ainsi, parmi les arrêts préc. : *Tilly Russ*, pt. 26 ; *Coreck*, pt. 24 ; *Castelletti*, pt. 41.

³² V. ainsi, parmi les arrêts préc. : *CDC*, pt. 65 ; *DelayFix*, pts. 47 et 63 (comp. pt. 40) ; *Maersk*, pt. 51. Rapp. l'arrêt *Refcomp*, spéc. pt. 36 et 33 (comp. pt. 25)

³³ Arrêt *Maersk*, pt. 55. V. aussi l'arrêt *Refcomp*, pt. 37.

³⁴ Pt. 41.

Faut-il aussi poser une règle particulière en matière de chaînes de contrat, pour écarter toute circulation de la clause ? La justification, me semble-t-il, ne saute pas aux yeux. Encore une fois, si le droit applicable au fond impose à la victime d'agir sur le terrain contractuel et permet au vendeur initial de lui opposer les clauses du contrat, pourquoi faudrait-il réserver à la clause attributive de juridiction un sort à part ? L'arrêt *Refcomp*, à mon avis, n'apporte pas de réponse convaincante à cette question.

B. – *Dépassement des solutions actuelles*

Reste encore à envisager le dépassement des solutions actuelles. Il pourrait sans doute être recherché dans différentes directions. Je me bornerai ici à en envisager une.

Il est assez clair que la jurisprudence de la Cour de justice fait dépendre la circulation de la clause d'une transmission avérée des droits contractuels : le juge doit vérifier, au regard de la loi applicable, qu'il y a bien transmission. Cette solution peut se recommander d'une certaine logique mais, si l'on y réfléchit bien, elle ne semble pas sans inconvénient. Imaginons, par exemple, qu'un tiers se présente comme le cessionnaire d'une créance. Le débiteur refuse de le reconnaître comme tel, et se trouve assigné par ce cessionnaire allégué devant le tribunal élu dans le contrat. Il proteste et, assez logiquement en l'état de la jurisprudence, soulève l'incompétence du tribunal saisi. Le juge instruit l'affaire et parvient à la conclusion qu'en effet, sur le fond, aucune cession de créance n'est valablement intervenue. Que va-t-il devoir faire ? Simplement se déclarer incompétent. C'est un peu dommage, et c'est précisément pour éviter ce genre de résultats qu'en ce qui concerne les questions de validité, on reconnaît une indépendance à la clause par rapport au contrat principal³⁵.

Il y aurait, virtuellement, un moyen de résoudre le problème. Il consisterait à corréliser le jeu de la clause, non pas à un constat de transmission effective des droits substantiels au regard du droit applicable, mais à la position procédurale dans laquelle se présente le tiers. Faut-il s'engager dans cette voie ? Ce point mérite me semble-t-il d'être considéré. Pour aborder le problème, je commencerai par raisonner sur ce qui me paraît correspondre à la situation la plus courante : celle où le tiers allègue être devenu titulaire de tout ou partie des droits issus du contrat. Cette hypothèse se dédouble : il se peut que le tiers se voit opposer la clause, ou bien qu'au contraire ce soit lui qui l'invoque.

³⁵ S'agissant de ce parallèle, il faut mentionner un arrêt de la Cour de cassation qui, précisément, s'est référé à l'indépendance de la clause d'arbitrage pour « immuniser » sa transmission contre les conséquences d'une remise en cause de celle des droits contractuels. Selon les termes de l'arrêt, « la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels » (Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2002, *Rev. crit. DIP* 2002.758, note N. Coipel-Cordonnier ; *Gaz. Pal.*, 19-20 février 2003, p. 28, note M.-L. Niboyet-Hoegy). Cette motivation a pu susciter la perplexité : si c'est la transmission des droits contractuels qui est le facteur déclenchant de celle de la clause d'arbitrage, il est difficile de comprendre comment l'absence de la première pourrait être sans conséquence sur la seconde.

Premier cas de figure : la clause est *opposée* au tiers. Par exemple, le débiteur soi-disant cédé s'en prévaut contre le cessionnaire allégué. Il me semble assez évident qu'il doit pouvoir le faire : l'opposabilité de la clause est le pendant logique de la position prise par le tiers (c'est-à-dire le cessionnaire allégué) sur le fond. Le tiers se présente, en effet, comme le titulaire des droits contractuels ; il ne doit pas pouvoir s'opposer à ce que l'on règle la compétence sur cette base – simple exigence de cohérence. On pourrait donc considérer qu'ici le positionnement objectif du tiers dans le procès suffit à fonder le jeu de la clause – quoi qu'il puisse en aller, sur le fond, de la transmission des droits contractuels. Cela étant dit, il faut reconnaître que dans ce premier cas de figure, le problème a des chances de ne pas tellement se poser en pratique. En effet, on peut s'attendre à ce que la compétence du juge désigné dans le contrat ne soit tout simplement pas contestée : le débiteur, par hypothèse, invoque cette compétence, et le cessionnaire allégué, pour ne pas contredire sa position sur le fond, ne devrait pas la remettre en cause. Le mécanisme de la prorogation tacite de compétence, en tant que de besoin, devrait alors suffire à purger tout problème.

Deuxième cas de figure : la clause d'élection de for est cette fois *invoquée* par le tiers qui prétend avoir reçu les droits contractuels – alors que le débiteur, pour sa part, invoque les règles de compétence applicables en l'absence de convention attributive de juridiction. Cette fois, on peut davantage hésiter à déconnecter le jeu de la clause d'un constat de transmission effective, sur le fond, des droits contractuels. Il y aurait bien sûr un argument pour dire que le débiteur ne peut pas se soustraire à la compétence du juge prévu dans le contrat : c'est une compétence à laquelle il a consenti. Une objection, cependant, vient à l'esprit : le débiteur a certes donné son accord pour être attiré devant le juge élu, mais il n'a pas donné cet accord au monde entier. Et peut-être que le tiers, en réalité, n'a aucun titre à se prévaloir des droits contractuels. Tant que le fond n'a pas été examiné, on ne peut pas le savoir ; tout ce que l'on peut dire est que le tiers allègue qu'il est devenu titulaire des droits contractuels. Cette allégation doit-elle suffire fonder la compétence du juge élu, ou faut-il faire dépendre l'invocabilité de la clause de compétence d'un authentique examen du fond ? Je serais enclin à privilégier la deuxième réponse. En pratique elle a, il est vrai, un inconvénient, qui est celui que je pointais un peu plus tôt. Concrètement, si le juge prévu dans le contrat, saisi par le tiers, considère qu'il n'y a pas eu transmission des droits contractuels, il sera conduit à rendre une décision d'incompétence plutôt qu'une décision ayant autorité de chose jugée au fond³⁶. Mais cet inconvénient potentiel me paraît peser surtout sur le débiteur : c'est lui qui aurait eu le plus intérêt à obtenir une décision sur le fond, établissant qu'il ne doit rien au tiers. Peut-être regrettera-t-il, à la fin, que le juge n'en ait pas rendu une. On pourra dans ce cas lui répondre qu'il avait un moyen simple d'éviter cela : il lui aurait suffi de ne pas s'opposer à la compétence du juge élu, et alors il y aurait eu prorogation tacite de compétence. A lui, cette fois, d'assumer les conséquences de sa stratégie procédurale.

³⁶ Dans cette mesure, il n'est pas complètement exclu que le débat au fond puisse renaître devant un autre juge. En revanche, en ce qui concerne la question même de l'applicabilité de la clause attributive de juridiction, la logique de la jurisprudence *Gothaer* (CJUE, 15 nov. 2012, aff. C-456/11, *Procédures* 2013, n° 71, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2013, comm. 57, obs. L. Idot ; *D.* 2013.2293, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2013.686, note M. Nioche) veut que la décision déploie son autorité de chose jugée devant le juge d'un autre Etat membre.

Même si cette hypothèse est sans doute moins susceptible de se rencontrer en pratique, on pourrait aussi imaginer que ce soit l'un des contractants qui entende agir contre un tiers, en prétendant que ce dernier s'est vu transmettre tout ou partie des droits et obligations nés du contrat – ce que ledit tiers, pour sa part, nierait. Dans une telle situation, la position procédurale du demandeur va de pair avec l'opposabilité de la clause à son égard et, selon toute vraisemblance, il se prévaudra de celle-ci – il serait d'ailleurs paradoxal de lui permettre de porter son action, d'emblée, devant un autre juge. Mais le défendeur, lui, n'est jusqu'à preuve du contraire qu'un tiers. Et aucune considération ne justifie rationnellement qu'il puisse se voir imposer l'application de la clause si, en réalité, il est demeuré totalement extérieur à la relation contractuelle. La compétence du juge élu ne devrait donc pouvoir être retenue que si le tiers l'accepte (serait-ce passivement, en ne contestant pas cette compétence) ou s'il s'avère que, sur le fond, les droits et obligations contractuels en cause lui ont effectivement été transmis.