

OPPOSABILITE DE L'ÉLECTION DE FOR STIPULEE AU CONNAISSEMENT : LE PARTICULARISME DU TITRE NEGOCIABLE

Olivier CACHARD

Agrégé de droit privé

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Nancy

Membre du Comité directeur de l'Association Française du droit maritime

1.- Les clauses attributives de juridiction stipulées dans les connaissements maritimes sont à l'origine d'un contentieux récurrent tant devant les juridictions nationales que devant la Cour de justice de l'Union¹. Il ne s'agit pourtant pas d'un contentieux cyclique fondé sur l'éternel retour des plaideurs aux mêmes questions. En réalité, le contentieux des clauses attributives de juridictions est modelé par les évolutions géopolitiques telles que le Brexit et la concurrence de places, par les mutations organisationnelles de la chaîne des opérateurs de transport et par les mutations technologiques avec l'essor des connaissements électroniques de plateforme². Depuis les arrêts *Tilly Russ* en 1984 et *Coreck* en 2000, suivis par deux arrêts de la Cour de cassation en date du 16 décembre 2008, la diversification des documents de transport s'est accentuée.

2.- L'étude de la situation des tiers au contrat initial stipulant une clause de juridiction invite à ne considérer que les titres maritimes permettant la circulation ou à l'extension de la clause d'élection de for. Il faut donc centrer l'analyse sur les seuls titres négociables³, transférés de titulaire en titulaire à l'occasion d'opérations successives de ventes des marchandises en cours de transport, les « *marchandises flottantes* »⁴. Or à ce jour, seul un titre permet cette circulation : c'est le connaissement maritime, et par extension en Europe, certains connaissements fluviaux émis en vertu de la Convention de Budapest dite CMNI⁵. Et encore ne s'agit-il pas de tous les connaissements, mais seulement de ceux qui sont dits négociables, parce qu'ils portent la clause à ordre ou parce qu'ils sont au porteur, à l'exclusion des connaissements à personne dénommée qui ne sont pas négociables. Quatre remarques préliminaires sont nécessaires à propos des connaissements pour apprécier les tenants et les aboutissants de l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers que sont les porteurs ou derniers endossataires.

3.- D'abord, les connaissements maritimes sont des titres issus de la pratique maritime, donc de la *lex maritima* dont ils reflètent la sérendipité, la lente mutation et la résilience. Ils témoignent d'un processus de sérendipité puisque les historiens constatent leur développement concomitant en Europe dès le XIV^{ème} siècle : *bill of lading*, *conocimiento*, *konosment*. Il faudra attendre encore pour que les jurisprudences nationales leur confèrent au XVIII^{ème} siècle et au XIX^{ème} siècle l'attribut de négociabilité. Ils font également l'objet d'une lente mutation au rythme des usages, des rédactions de formules-types et en réaction aux conventions internationales établissant un régime impératif pour le transport maritime. Ils font preuve de résilience puisque la dématérialisation n'aura pas eu raison du connaissement qui n'a pas été remplacé par la lettre de voiture maritime électronique non-négociable, le *electronic seaway bill*. Leur résilience passe par la réception en droit national de la *Loi type de la CNUDCI sur les documents électroniques transférables (2017)* qui permet dorénavant la transférabilité du titre⁶. La résilience devient même force d'expansion, car le modèle du connaissement maritime

¹ Sur la compétence directe, CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Tilly Russ*, note BISCHOFF, *Clunet*, 1985, p. 159 ; CJCE, 20 février 1997, aff. C-106/95, *Les Gravières Rhénanes*, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 1997, p. 563 ; CJCE, 27 octobre 1998, aff. C-51/97, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 322 ; CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Castelletti*, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 559 ; CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime*, note BERNARD-FORTIER, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 359 ; CJUE, 25 avril 2024, aff. C-345-22, *Maersk A/S c/ Allianz Seguros y Reaseguros SA*, *DMF*, 2024, p. 779, note O. CACHARD ; *Rev. crit. DIP*, 2024, note D. SINDRES.

² Sur les prémices du connaissement électronique, O. CACHARD, « Formalisme et dématérialisation du connaissement », *Revue de droit de l'informatique et des télécoms*, 1998, p. 24 s. Aujourd'hui, X. DELPECH, *L'émergence d'un droit des plateformes*, Paris, Dalloz, 2021 ; les assureurs maritimes approuvent l'usage de Bolero et d'une quinzaine d'autres plateformes permettant la négociation de connaissements électronique : < <https://www.igpandi.org/article/ig-approved-electronic-bill-of-lading-systems/> > ; F. STEVENS, « Les connaissements électroniques », *DMF*, 2025, p. 318 s.

³ Voir l'art. R5422-16 accueillant la distinction tripartite traditionnelle du connaissement, « *Le capitaine ou le consignataire du navire doit livrer la marchandise au destinataire ou à son représentant. Ce destinataire est : 1° Celui dont le nom est indiqué dans le connaissement à personne dénommée ; 2° Celui qui présente le connaissement à l'arrivée lorsque le connaissement est au porteur ; 3° Le dernier endossataire, dans le connaissement à ordre* ».

⁴ Sur les *floating goods*, O. CACHARD, « Le transfert des risques dans les ventes internationales de marchandises flottantes : retour sur l'article 68 CVIM », *Mélanges Claude Witz*, Paris, Lexis Nexis, 2018, p. 169 s.

⁵ Ch. HUBNER, « La Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure », *DMF*, 2000, p. 972 s.

⁶ O. CACHARD, « UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records The missing link towards e-Shipping ? », in *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, B. Soyer, A. Tettenborn (Dir.), Routledge, 2022 ; E. CAPRIOLI, « La loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques : analyse et perspectives », *Clunet*, 2023 p. 461 ; O. CACHARD, « La dématérialisation des titres transférables par la loi n°2024-537 du 13 juin 2024 : l'avènement du connaissement électronique en droit français », *DMF*, 2025, p. 301 s.

inspire l'avant-projet de *Convention internationale sur les documents de cargaison négociables* élaboré par le groupe de travail n° IV de la CNUDCI⁷.

4.- Ensuite, selon une approche fonctionnelle, les connaissements maritimes négociables sont essentiels au financement à court terme du commerce international, par la voie du crédit documentaire. Premièrement, ils constatent la réception de la marchandise à bord entre les mains du transporteur qui exerce sur elles une détention précaire pour le compte du propriétaire. Deuxièmement, ils forment l'*instrumentum* constatant les stipulations du contrat de transport. Troisièmement, ils constituent un titre représentatif de droits réels et de droits personnels : droits réels du porteur du connaissement qui possède ainsi la marchandise *corpore alieno* et droits personnels du porteur qui est investi du droit de disposition de la marchandise (*right of stoppage*) et du droit d'en prendre livraison sur présentation du titre. Ainsi, ils peuvent faire l'objet d'une circulation par tradition s'ils sont *au porteur* ou par endossement s'ils sont *à ordre*.

5.- Signalons encore que les connaissements maritimes négociables sont susceptibles de variations significatives au gré des espèces. Premièrement, les parties initiales au contrat de transport diffèrent selon que le connaissement a été émis dans le cadre d'une vente à l'arrivée ou d'une vente au départ. Dans les ventes à l'arrivée⁸, le contrat de transport est conclu entre le transporteur et le vendeur qui prend qualité de chargeur au sens du contrat de transport ; l'acheteur prend donc la seule qualité de destinataire. Dans les ventes au départ⁹, en revanche, le contrat de transport est conclu entre le transporteur et l'acheteur qui prend qualité de chargeur au sens du contrat de transport ; en l'absence de sous-acquéreur, le chargeur sera aussi destinataire. Deuxièmement, les parties mentionnées au connaissement diffèrent selon que le contrat de transport a été directement conclu avec les intérêts cargaison ou selon qu'un commissionnaire de transport ou un logisticien s'est interposé entre le propriétaire de la cargaison et le transporteur maritime ou fluvial. Il se peut donc que le chargeur et le destinataire mentionnés au connaissement ne soient pas les propriétaires de la cargaison, mais le commissionnaire ayant délégué le transporteur maritime. Le destinataire réel n'est donc pas toujours celui mentionné au connaissement. Troisièmement, les variations de forme peuvent être significatives, avec par exemple la distinction entre les connaissements de ligne identifiant bien la compagnie maritime et les connaissements sans en-tête.

6.- Enfin, puisque les connaissements maritimes et fluviaux sont des titres, et pas seulement des *instrumenta* du contrat de transport, il faut déterminer la mesure dans laquelle ils relèvent du domaine d'application matériel du *Règlement Rome I*¹⁰ au sens de son article premier, paragraphe 2, lettre d) éclairé par le considérant n°9. Certes, il est indiscutable que le choix de loi applicable au contrat de transport relève bien de la matière civile et commerciale, et donc de la matière contractuelle¹¹. Mais cette analyse contractuelle ne doit pas occulter que le connaissement est avant tout un *titre transférable* dont les fonctions excèdent celle, bien circonscrite, de preuve du contrat de transport ; cette dernière est d'ailleurs attachée à tous les instruments faisant preuve du contrat de transport dont les lettres de voiture, lettres de voiture maritime et lettres de transport aérien. L'originalité du connaissement est qu'il est un titre comparable au billet à ordre ou à la lettre de change. Il ne s'agit certes pas, en droit français, d'un effet de commerce *stricto sensu* car il incorpore des droits sur une marchandise corporelle soumise au risque de mer plutôt que des droits sur une créance de somme d'argent. Mais sa circulation obéit à un régime analogue. Le connaissement figure bien parmi les « *autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments négociables dérivent de leur caractère négociable* » au sens de l'article premier, paragraphe 2, lettre d) du *Règlement Rome I*.

7.- Une précaution de vocabulaire, parfois perdue de vue, découle de ce qui précède. Lorsque l'on examine l'opposabilité de la clause attributive de juridiction à l'opérateur qui a présenté le connaissement en vue de prendre livraison de la marchandise, il faut se référer à cet opérateur en sa qualité juridique pertinente, celle de *porteur légitime* du titre au porteur ou bien celle de *dernier endossataire régulier* du titre à ordre. Sa qualité contractuelle d'acheteur ou de vendeur au sens du contrat de vente maritime n'est pas *relevante* ; sa qualité de chargeur ou de destinataire au sens du contrat de transport n'est pas *suffisante*. En effet, ce n'est pas parce qu'il est chargeur qu'il a toujours contracté avec le transporteur ; ce n'est pas parce qu'il n'est pas identifié au connaissement comme destinataire, qu'il n'est pas le destinataire réel...

8. - Puisque l'étude qui nous a été confiée porte sur la circulation de la clause d'élection de for du connaissement au sens du *Règlement Bruxelles I bis*, nous n'étudierons pas ici les questions de validité de la clause

⁷ Au jour où nous écrivons ces lignes, le groupe de travail n°VI de la CNUDCI a finalisé le projet de *Convention sur les documents de cargaison négociables*.

⁸ Incoterms CFR et CIF pour le transport de vrac et conventionnel, Incoterms CPT, CIP DAP, DPU et DDP pour les marchandises conteneurisées.

⁹ Incoterms FAS et FOB pour le transport de vrac et conventionnel, Incoterms EXW et FCA pour les marchandises conteneurisées

¹⁰ MAGNUS, MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law*, vol. II, *Rome I Regulation*, 2017, p. 64, « *The rights deriving from bills of exchange, cheques, promissory notes, money orders, banknotes, bills of lading, bonds and other negotiable instruments are governed by the law applicable to such titles in accordance with the national conflict of laws rules and are not determined by the Rome I Regulation* ».

¹¹ O. CACHARD, Art. 5, in P. FRANZINA (éd.), *Elgar Commentaries in Private International Law, Rome I Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, à paraître, 2025

de juridiction *inter partes*, étant précisé de toute façon que le formalisme de validité du connaissance est très succinct dans les Règles de La Haye-Visby, à la différence de celui entourant la lettre de change. Nous dresserons plutôt un bilan de la mise en œuvre de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis tel qu'interprété par la Cour de justice, dans les arrêts *Tilly Russ*, *Gravières Rhénanes*, *Castelletti* et *Coreck*. Que penser en particulier de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle telle que prescrite au considérant n° 24 de l'arrêt *Coreck* ? « *C'est au droit national applicable qu'il revient de déterminer si le tiers au contrat initial, à l'encontre duquel est invoquée une clause attributive de juridiction, a succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations* ». On se souvient en France qu'à l'occasion de deux arrêts du 16 décembre 2018, la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation, dont les jurisprudences divergeaient, s'étaient ralliées au dit pour droit de la CJCE¹². La chambre commerciale n'est pas revenue frontalement sur ce ralliement, mais elle tente à présent d'en circonscrire la portée aux seules clauses élisant une juridiction européenne dans un connaissance négociable. Plusieurs arrêts récents ont ainsi relancé le débat doctrinal, même s'ils ne concernaient pas l'opposabilité au porteur légitime ou à l'endossataire¹³ d'une clause de juridiction stipulée dans un connaissance négociable¹⁴ faisant éllection d'un for européen¹⁵. Ces remous, plus doctrinaux que jurisprudentiels, montrent en tout cas les limites de l'analyse conflictuelle de la succession du porteur aux droits du cocontractant initial (I). Tout en respectant une politique jurisprudentielle resserrée d'opposabilité, il faut dépasser l'analyse conflictuelle pour en venir à une règle matérielle tirée de la titularité du connaissance (II)

I. LES LIMITES DE L'ANALYSE CONFLICTUELLE DE LA SUCCESSION DU PORTEUR OU DE L'ENDOSSATAIRE AUX DROITS DU CHARGEUR

9.- En matière maritime, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union est connue : pour déterminer dans quelle mesure le porteur légitime ou le dernier endossataire du connaissance a succédé à l'une des parties originaires au contrat de transport et peut se voir opposer la clause de juridiction, elle invite le juge national à interroger « *le droit national applicable* ». L'appréciation de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction selon le droit national applicable présente au moins l'avantage de prévenir les phénomènes de course au tribunal à l'initiative du destinataire désireux de déjouer les prévisions du transporteur. En effet, lorsque l'opposabilité de la clause attributive de juridiction était appréciée *lege fori*, il suffisait que le porteur légitime ou le dernier endossataire du connaissance saisisse, en violation de la clause, le juge d'un Etat ne reconnaissant pas son opposabilité pour y échapper par simple application de la *lex fori*. L'invitation à incorporer un raisonnement de type conflictualiste n'est donc pas sans raison et sans précédent. Lors du reformatage de l'article 25 § 1 du Règlement, le législateur européen a ainsi choisi de renvoyer les contestations *inter partes* relatives au consentement à la clause au droit de l'Etat membre désigné à la clause¹⁶. S'agissant de l'opposabilité de la clause, le recours à l'incorporation d'une règle de conflit de lois dans la règle de conflit de juridiction semble moins opportun toutefois. Après avoir présenté les raisons du recours à la méthode du conflit de lois (A), nous en soulignerons les aléas (B).

A. Les raisons du recours à la méthode du conflit de lois

10.- La première raison du recours à la méthode conflictualiste pour gouverner la circulation de la clause de juridiction tient à l'absence de disposition explicite régissant les effets des clauses attributives de juridiction à l'égard des tiers dans l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis. Comme l'observent des auteurs, cet article « *est probablement l'article de la convention qui a été le plus modifié à l'occasion des adhésions successives* », du

¹² Cass. Com., 16 décembre 2008, pourvoi n°08-10.460 et Cas. 1^{ère} civ., 16 décembre 2008, pourvoi n°07-18.834, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 524, note F. JAULT-SESEKE.

¹³ A propos de l'inopposabilité aux dirigeants d'une société d'une clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat d'affrètement conclu par les personnes morales, CJUE, 28 juin 2017, aff. C-436/16, *Georgios Leventis, Nikolaos Vafeias contre Malcon Navigation Co. Ltd., Brave Bulk Transport Ltd.*, *DMF*, 2017, p. 128, note PH. DELEBECQUE ; A propos d'une clause élisant les juridictions londoniennes dans le connaissance d'une société suisse, déclarée opposable au destinataire nommé, mais inopposable au destinataire réel non mentionné au connaissance, C. App. Versailles, 15 mai 2018, RG, n°17/08914, *DMF*, 2018, p. 728, note PH. DELEBECQUE ; à propos de l'inopposabilité d'une clause au destinataire réel et à son mandataire dont aucun ne figurait au connaissance, Cass. com., 20 oct. 2021, n° 20-14. 275, *DMF* 2021, n° 841, 1026 et les obs., *D.* 2021, 2296, note T. LUYE ; à propos de l'inopposabilité d'une CAJ au commettant ayant confié sa marchandise à un commissionnaire qui a ensuite confié à la marchandise au transporteur maritime, Cass. com., 30 juin 2021, n° 19-23.665, *DMF* 2 021, p. 740 et les obs ; à propos de l'inopposabilité au chargeur réel d'une clause stipulée dans un *seaway bill* Cass. com., 14 juillet 2023, pourvoi n°21-15.445, *Jurisnews DIP*, 2022, note O. CACHARD, déclarant la clause inopposable au destinataire réel qui n'est pas mentionnée au connaissance

¹⁴ A propos d'un connaissance à personne dénommée (non négociable) désignant les juridictions allemandes, Cass. com., 27 sept 2017, *navire Santa Catarina, Énergie, env., infrastructures* 2018, comm. 7 et « Forum selection clauses and straight Bills of Lading – Position of Consignees ? », *JIML*, sept.-octobre 2018, vol. 24, 5, p. 389-393, notes O. CACHARD ; *D.* 2018, p. 966, obs. F. JAULT-SESEKE., et p. 1934, obs. S. BOLLEE ; à propos d'une clause attributive aux juridictions londoniennes stipulée non dans le contrat de transport, mais dans des documents externes, que sont le *booking note* et une LTM, Cass. com. 13 sept. 2023, pourvoi n°22-16.884, *navire MSC Gisella*, *DMF* 2023, p. 887, note J. LEVY.

¹⁵ A propos d'un connaissance comportant une clause de juridiction désignant les juridictions coréennes et relevant la jurisprudence *Nagasaki* requérant une acceptation spéciale du destinataire, Cass. com., 14 décembre 2022, pourvoi n° 20-17.768, *DMF*, 2023, p. 214, note BLOCH.

¹⁶ Art. 25 § 1, « ces juridictions son compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet Etat membre »

reformatage et de la refonte¹⁷. Il en résulte un certain désordre de structure qui rend aujourd'hui la portée de cet article plus incertaine qu'auparavant. Le paragraphe premier énonce plusieurs règles générales relatives à la validité de la clause, parmi lesquelles des conditions de forme aux lettres a) à c). Le paragraphe second vise quant à lui la « *transmission par voie électronique* », expression maladroite qui, aujourd'hui, pourrait tout aussi bien faire référence au formalisme de validité de l'accord qu'à la circulation d'un *document transférable électronique* au sens de la *loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques*. L'énoncé de cette règle d'équivalence de la forme électronique serait sans doute plus à sa place dans le paragraphe 1. Les paragraphes trois et quatre énoncent quant à eux des règles spéciales relatives au trust ; et finalement le paragraphe 5 revient à la règle générale d'autonomie de la clause telle que consacrée par la Cour dans l'affaire *Dental Kit c. Benincasa*. Ainsi, la règle du paragraphe 1 selon laquelle « *La convention attributive de juridiction est conclue : c) dans le commerce international sous une forme qui soit conforme à un usage* » est ordinairement comprise comme relative à la conclusion de l'accord initial, et non à sa circulation. A cet égard, la jurisprudence maritime française est constante¹⁸ pour reconnaître que la stipulation au connaissance d'une clause attributive de juridiction désignant les juridictions de l'Etat du siège de la compagnie maritime est bien constitutive d'un usage du commerce international. En revanche, encouragée par une doctrine française, elle ne reconnaît pas que l'opposabilité au porteur puisse découler d'une présomption fondée sur cet usage.

11.- La seconde raison du recours à la méthode conflictualiste tient à ce que les conventions matérielles de droit uniforme du transport maritime actuellement en vigueur ne règlent la question de la circulation de la clause de juridiction stipulée au connaissance ni directement, ni indirectement. Les *Règles de La Haye*, dont on vient de célébrer le centenaire, et leur amendement par le protocole de *Visby* établissent un régime impératif de limitation de responsabilité du transporteur, sans régir ni la clause de juridiction, ni même le transfert des droits au porteur ou à l'endossataire : la perspective est purement contractuelle, abandonnant le régime du titre qu'est le connaissance aux droits nationaux. Quant aux *Règles de Rotterdam*, qui ne sont toujours pas entrées en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications, elles ont le mérite d'avoir voulu consacrer explicitement la négociabilité du titre à l'article 57, mais sans en tirer aucune conséquence positive ou négative du point de vue de l'opposabilité de la clause de juridiction au porteur légitime ou à l'endossataire. Au moins retiendra-t-on que la négociabilité du connaissance figure dans l'acquis de *soft law* de la CNUDCI.

12.- La troisième raison du recours à la méthode conflictualiste tient aux divergences conceptuelles des droits nationaux des Etats membres de l'Union quant à la succession du porteur légitime ou du dernier endossataire aux droits du cocontractant du transporteur. Une rapide approche de droit comparé permet de classer les droits par familles.

Certains Etats ont adopté une législation explicite instituant sans équivoque le porteur légitime ou le dernier endossataire du connaissance comme successeur dans les droits du cocontractant initial tels qu'ils sont constatés au connaissance. En Europe, il en va ainsi du droit allemand à l'art. 522 (§1) du *Code de commerce*¹⁹, du droit des Pays-Bas à l'article 8-441 (§2) du *Code civil*²⁰ et du droit du Royaume-Uni à la section 2 (1) du *COGSA 1992*²¹ qui

¹⁷ M.-E. ANCEL, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 7^e éd., Lextenso, 2024, § 138, p. 194

¹⁸ Avant même l'arrêt de CJUE, 20 février 1997, *Les Gravières Rhénanes*, aff. C-106/95, rec. 1997 I 911, voir en France, C. App. Paris, 6 février 1990, *navire Rosandra*, DMF 1990, 611, note R. ACHARD ; C. App. Rennes, *navire Westfield*, DMF, 1993, p. 298, note Y. TASSEL ; C. App. Rouen, 12 mars 1992 et 18 juin 1992, DMF, 1993, p. 407. Après *Les Gravières Rhénanes*, C. App. Paris, 29 novembre 2000, navires *Nuevo Leon, Yucatan, Sonora, Nuernberg Express, TMM Mexico et Houston Express*, DMF, 2001 ; C. App. Versailles, 21 mars 2002, *BTL*, n° 2940, 13 mai 2002 ; C. App. Rouen, 5 décembre 2002, *navire Ubangui*, DMF, 2003 ; C. App. Rouen, 23 juin 2005, *navire M/S Johnny*, DMF, 2006, note crit. Ph. DELEBECQUE ; en matière de crédit documentaire, C. App. Aix-en-Provence, 12 mai 2010, DMF, 2010, note J.-L. RENARD ; C. App. Rouen, 19 novembre 2009, DMF, 2010, note Cl ; HUMANN ; C. App. Versailles, 27 janvier 2011, *navire Laura Maersk*, DMF, 2012, p. 437, note J. LECAT ; C. App. Paris, 26 juin 2012, *navire Rickmers Hamburg*, DMF, 2013, p. 317, note O. CACHARD ; C. App. Amiens, 12 octobre 2012, *navire Oakland Express*, DMF, 2013, p. 408, note A. AMOUSSOU ; Cass. com. 12 mars 2013, DMF, 2013, p. 712, NOTE J.-L. RENARD concluant « *Seuls l'usage et la pratique internationale sont en mesure de donner une réponse* » ; C. App. Aix-en-Provence, 14 mars 2013, *Navire Delmas Mascareigne*, DMF, 2014, note J. LECAT ; C. App. Aix-en-Provence, 17 juill. 2014, *navire Delmas Suffren, BTL*, 3516, 1^{er} sept 2014 ; DMF, 2014, note crit. Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 23 septembre 2014, DMF, 2015, p. 324, note A. AMOUSSOU ; C. App. Paris, 28 sept. 2021, *navire Maersk Honam*, DMF, 2022, note J. HA NGOC ; en sens contraire, pour des raisons contingentes liées à l'absence de production du verso du connaissance, C. App. Paris, 4 avril 2019, *navire MSC Irene*, DMF, 2019, note Ph. DELEBECQUE.

¹⁹ « *The carrier may lodge objections against the person entitled by virtue of the bill of lading only insofar as they concern the validity of the statements made in the bill of lading, or insofar as they arise from the contents of the bill of lading, or insofar as the carrier is directly entitled to such objections vis-à-vis the person entitled by virtue of the bill of lading. An agreement to which the bill of lading merely makes reference is not incorporated into the bill of lading.* »

²⁰ *Section 522 Objections* « *Towards the holder of the bill of lading who is not the consignor (shipper), the carrier under the bill of lading is bound by the stipulations of that bill of lading and he may invoke these stipulations against such holder.* ». Cette section relative aux exceptions à la disposition du transporteur doit être lue avec la *Section 524 Transfer effected by the bill of lading ("effect of tradition")* : « *Provided the carrier is in possession of the goods, the transfer of a bill of lading to the consignee identified therein shall have the same effects, in terms of the acquisition of rights to the goods, as does the delivery of the goods for carriage. The same shall apply to a transfer of the bill of lading to third parties.* ».

²¹ *Section 2. Rights under shipping documents.* « *(1) Subject to the following provisions of this section, a person who becomes— (a) the lawful holder of a bill of lading; (b) the person who (without being an original party to the contract of carriage) is the person to whom delivery of the goods to which a sea waybill relates is to be made by the carrier in accordance with that contract; or (c) the person to whom delivery of the goods to which a ship's delivery order relates is to be made in accordance with the undertaking contained in the order, shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as*

traite le porteur « *as if he had been a party* ». Cette solution est également partagée hors de l'Union européenne, par exemple en Chine, à l'art. 23 du *Code maritime*²². Lorsque le juge français est saisi d'un litige soumis à l'un de ces droits nationaux, il doit donc en tirer la conséquence de l'efficacité de la clause attributive de juridiction à l'égard du porteur légitime ou du dernier endossataire²³.

D'autres Etats ont adopté une législation explicite en sens contraire, soumettant l'opposabilité de la clause attributive de juridiction à la preuve de son acceptation spéciale par le porteur légitime ou le dernier endossataire. Promulgué en 2019, le *Code belge de la navigation* consacre l'article l'art. 2.6.2.24. à la position juridique du destinataire : « *Le consentement du destinataire, qui n'est pas en même temps le chargeur, concernant une clause de juridiction, de choix de la loi ou d'arbitrage, n'est pas prouvé par le simple fait que le destinataire a accepté le document de transport sans réserve ou a demandé et obtenu la livraison des marchandises.* » Ici pas de règle frontale de validité ni d'opposabilité, mais une règle de preuve du consentement laquelle ne peut pas découler de la seule prise de livraison. En Espagne, après avoir énoncé le principe que le porteur légitime et le dernier endossataire du connaissance recueillent les droits et obligations qui y sont constatés, le législateur a posé à l'article 251 de la *loi de la navigation maritime*²⁴ une exception en subordonnant l'efficacité des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage au consentement exprès du dernier titulaire. On verra que cette législation n'est pas conforme au droit de l'Union.

La France, patrie des Codes, appartient pourtant à une troisième famille de législations où aucune solution explicite ne découle ni de la *lex rodiera* sous la plume du Doyen Rodière, ni du *Code du transports* ayant réalisé à une codification de la loi du 18 juin 1966 à droit constant. La jurisprudence et ses explications doctrinales ont varié avec les époques. Au XIX^{ème} siècle, qui est aussi l'époque du rayonnement du droit des effets de commerce, le droit français tire toutes les conséquences de la négociabilité du titre en admettant que les clauses attributives lient le porteur ou l'endossataire auquel le connaissance est transmis²⁵. En 1968, Rodière, consacrant plusieurs pages de son *Traité aux clauses attributives de compétence*, indique sobrement son adhésion à la théorie de la titularité : « *Si le connaissance est signé, sa transmission rend la clause opposable aux porteurs successifs du connaissance* »²⁶. Ainsi, et à rebours de la « relecture » des auteurs classiques aujourd'hui proposée par une doctrine contemporaine, l'approche par la titularité offrait une base stable à la transmission de la clause. Cette approche commercialiste sera progressivement délaissée en France au tournant des années 1990 au profit d'une approche contractualiste qui peine pourtant à convaincre. En l'absence d'un texte de droit spécial, il a été démontré que les mécanismes du droit civil sont impuissants²⁷ à expliquer que le contrat de transport soit à « *deux au départ, trois à l'arrivée* »²⁸ et que le porteur légitime ou dernier endossataire soit fondé à prendre livraison mais sans être tenu par la clause de juridiction.

B. Les aléas du recours à la méthode du conflit de lois

13.- Un premier aléa d'indétermination vient frapper le recours à la méthode du conflit de lois : il tient à l'identification de la catégorie de rattachement qui détermine ensuite la règle de conflit pertinente et pour finir le droit applicable. Le juge est donc invité à procéder à une opération de qualification, ce qui soulève la redoutable difficulté de l'objet de la qualification²⁹. S'agissant de la prétention du transporteur maritime à opposer la clause de juridiction au porteur légitime ou au dernier endossataire du connaissance, deux allégations s'opposent : celle du transporteur, émetteur du titre négociable qu'est le connaissance, soutenant que l'accomplissement du titre par le

the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract.

²² « *A Person who (1) becomes holder of a bill of lading shall (by virtue of becoming the holder of the bill) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage « as if he had been a party ».* »

²³ Par exemple, C. App. Paris, 11 déc. 2014, DMF 2015, p. 329, note A. AMOUSSOU, le droit anglais applicable au litige n'exige pas d'acceptation expresse du connaissance par le destinataire de la marchandise, le destinataire est, en tant que porteur du connaissance, partie au contrat de transport et la présentation du connaissance emporte présomption d'acceptation, par son porteur, de ses conditions, notamment de la clause attributive de compétence.

²⁴ Artículo 251. Eficacia traslativa. « *La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX.* »

²⁵ CH. LYON-CAEN, L. RENAUT, *Traité de droit maritime*, t. 1, Paris, Pichon, 1894, p. 592, « *Au lieu de s'en référer à des arbitres pour les litiges à naître, les parties attribuent souvent compétence à un tribunal unique, par exemple au tribunal du port de destination. Quand cette clause est valable, elle est certainement opposable au destinataire dès qu'elle a été insérée dans le connaissance. Car toutes les clauses du connaissance lient le consignataire auquel ce titre est transmis et pour lequel l'affréteur est réputé avoir stipulé. Il est arbitraire d'admettre, comme on l'a fait parfois, que le chargeur ne représente le destinataire qu'à l'effet d'obliger le capitaine faire remise à des marchandises au destinataire contre paiement du fret.* »

²⁶ R. RODIERE, *Traité de droit maritime*, vol. II, *Affrètement et transport*, Paris, Dalloz, 1968, § 724, p. 351. La signature à laquelle il est fait allusion est celle du chargeur, alors requise pour la validité, et non à la signature du destinataire. Dans la 17^{ème} et dernière édition de son précis Dalloz par DU PONTAVICE (*Précis de droit maritime*, Dalloz, 1997, § 386-1, p. 372), l'auteur salue la suppression de l'exigence de signature du connaissance par le chargeur : « Cette règle, comme on l'a vu, jugée de plus en plus obsolète, disparut en droit français, par décret du 12 novembre 1987).

²⁷ Voir la remarquable étude de droit comparé, F. STEVENS, *The Bill of Lading Holder Rights and Liabilities*, Routledge, 2019.

²⁸ REMOND-GOULLLOUD, *Le contrat de transport*, Dalloz, 1993 (connaissance du droit) ; Ph. DELEBECQUE, *Droit maritime*, 14^{ème} éd, § 776, p. 606.

²⁹ B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *Clunet*, 1980, p. 234 ;

porteur légitime ou le dernier endossataire implique l'acceptation des droits et obligations qu'il incorpore *versus* celle du titulaire soutenant que son consentement spécial à la clause devrait être vérifié au fond et garanti par des règles de forme. La complexité provient de ce que le titre négociable est émis à l'occasion de l'exécution d'un contrat sous-jacent de transport maritime, dont le chargeur a sollicité qu'il soit constaté par connaissance plutôt que par une simple lettre de voiture maritime. Batiffol et Lagarde rappellent que l'émission d'un titre doit être considérée en droit positif « *comme un acte distinct du contrat dans l'exécution duquel elle intervient parce qu'elle crée des relations nouvelles intéressant au premier chef des tiers* »³⁰. La question de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction relève-t-elle alors de la qualification contractuelle ou de la qualification de titularité d'un instrument négociable ?

De façon parfaitement prévisible, la Cour de justice ne s'est pas aventurée aussi loin aux considérants n°22 à 27 de l'arrêt *Coreck*, ni dans le dispositif. Il s'agit d'une pure question de droit national, sans qualification *lege europae*, de sorte que le juge communautaire n'avait aucune recommandation à formuler au juge national s'agissant de la qualification *lege fori*. Le juge national doit juste vérifier que « *la clause peut être invoquée à l'égard du tiers porteur du connaissance dès lors que, en vertu du droit national applicable, le porteur du connaissance succède au chargeur dans ses droits et obligations (arrêts précités Tilly Russ, point 24, et Castelletti, point 41)* » ; selon le droit national applicable certes, mais applicable à quel objet ? Au contrat de transport ou au connaissance ?

A la question de savoir s'il faut rechercher la loi du contrat de transport ou la loi du titre, on ne trouvera nulle réponse directe dans le dispositif laconique des deux arrêts rendus le 16 décembre 2008 à propos du navire *Delmas Mascareignes*³¹, respectivement par la chambre commerciale et par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui ont scellé leur réconciliation par deux arrêts laconiques censurant le juge du fond au motif « *qu'il lui incombait, préalablement, de rechercher, si, selon le droit national applicable, [le porteur] avait succédé aux droits du chargeur* ». Le rapport de M. Potocki, Conseiller rapporteur, donne cependant des indices. Il pose en effet d'abord la question de savoir « *Quelle est la loi applicable au connaissance ?* » faisant ici référence au titre et non au contrat, pour constater que « *cette détermination est assez délicate car se pose la question de savoir si la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, outil habituel pour réaliser cette opération, est applicable* ». Après avoir soulevé cette difficulté de la détermination de la loi du titre, sans toutefois aller plus avant dans cette question classique de droit international privé commercial³², le rapport opère une bascule en faveur de la détermination de la loi du contrat, ce qui est ensuite confirmé par le visa de la Convention de Rome. Ainsi, et sans procéder à une évaluation de la conformité de sa solution à la nature des choses, la Cour de cassation a opté pour une approche contractualiste au détriment de l'approche de la titularité.

14.- Un second aléa d'inaptitude à atteindre des objectifs protecteurs vient alors frapper l'approche contractualiste recommandant de retenir une qualification contractuelle pour trancher la question de l'opposabilité au tiers de la clause de juridiction incorporée au connaissance. Cette option contractualiste n'est pourtant pas sans avantage apparent : si le connaissance est bien un titre littéral, incorporant des mentions sur la marchandise et des endossements successifs (qui s'analysent en déclarations) à l'image des titres cambiaires, on souligne qu'il n'est pas un titre abstrait puisqu'il trouve sa cause dans la bonne exécution du contrat de transport³³. Et après tout, la détermination de la *lex contractus* repose sur la règle de conflit de lois parfaitement prévisible de l'article 5 § 1 du *Règlement Rome I*. Sauf que la loi ainsi désignée sera le plus souvent la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, soit parce que le transporteur l'aura systématiquement désignée au connaissance dans une clause d'*electio juris*, soit parce sera vérifié le groupement des points de contacts de la résidence habituelle du transporteur et du lieu de chargement ou du lieu de livraison. Il suffit donc que le transporteur stipule que la loi applicable sera la loi allemande, anglaise ou hollandaise pour permettre la succession du porteur ou dernier endossataire aux droits du contractant initial. Le maintien en droit français, d'un flou artistique, sur la situation du porteur ou du dernier endossataire est donc impuissant à neutraliser les clauses desservant la place française de Paris.

15.- Un troisième aléa d'imprévisibilité vient frapper en amont de la méthode du conflit de lois, lorsque des lois de police manifestent leur volonté d'application. Plusieurs Etats européens, essentiellement des Etats chargeurs, ont récemment adopté des dispositions de police par lesquelles ils entendent neutraliser la circulation des clauses attributives de juridiction. Telle est la situation de la Belgique depuis 2019 et de l'Espagne depuis 2014. En Belgique, l'art. 2.6.2.12 du *Code de la navigation* dispose : « *Sans préjudice des autres chefs de compétence, les juges belges sont compétents pour prendre connaissance des actions relatives à des contrats de transport maritime*

³⁰ BATIFFOL ET LAGARDE, *Droit international privé.*, t. II, 7^e éd., Paris, 1983, n° 547, p. 225.

³¹ Cass. com. 16 déc. 2008, *Delmas Mascareignes*, *DMF*, 2009, p. 124, rapport POTOCKI ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 524, note F. JAULT SESEKE.

³² B. GOLDMAN, « Les conflits de lois en matière d'instruments négociables », *Rapport à l'International Bar Association, 3rd Conference (London, 1950)*, La Haye ; P. LESCOT ET R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. II, Paris, 1953 ; Y. LOUSSOUARN, J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, n° 459 s ;

³³ A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, § 449 p. 388.

pour un transport en provenance ou à destination de la Belgique » et l'art. 2.6.2.13 ajoute « La présente sous-section s'applique à tout transport en provenance ou à destination de la Belgique. Elle est une loi de police ». En Espagne, deux articles de la Loi de la navigation maritime 14/2014 (ci-après LNM), ont été conçus comme des torpilles lancées contre les clauses attributives de juridiction. La première torpille, lancée à l'art. 251 LNM, limite la portée de la succession du porteur ou de l'endossataire aux droits du cocontractant initial : « L'acquéreur du connaissance acquiert tous les droits et actions du cédant à l'égard de la marchandise, à l'exception des conventions en matière de juridiction et d'arbitrage, qui nécessitent le consentement de l'acquéreur dans les conditions prévues au titre IX chap. 1 ». La seconde torpille, lancée à l'art 468 LNM dispose : « Sans préjudice des conventions internationales en vigueur en Espagne et des règles de droit de l'Union, les clauses attribuant la compétence à une juridiction étrangère ou les clauses d'arbitrage à l'étranger contenues dans les contrats d'utilisation du navire ou dans les contrats accessoires à la navigation sont nulles et réputées non écrites si elles n'ont pas été négociées individuellement et séparément » Et l'alinéa 2 ajoute « En particulier, l'insertion d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage dans les conditions préimprimées de l'un quelconque des contrats visés au paragraphe précédent n'atteste pas, en soi, le respect des conditions qui y sont requises ». Dans un arrêt *Maersk* rendu sur conclusions conformes de l'Avocat Général Collins, la Cour de justice s'oppose heureusement à ces tentatives de contournement de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis. Elle dit pour droit que l'article 25, paragraphe 1, « doit être interprété en ce sens que : il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle un tiers à un contrat de transport de marchandises conclu entre un transporteur et un chargeur, lequel tiers acquiert le connaissance consignat ce contrat et devient ainsi tiers porteur de ce connaissance, est subrogé dans l'intégralité des droits et des obligations de ce chargeur, à l'exception de ceux découlant d'une clause attributive de juridiction insérée dans ledit connaissance, cette clause étant uniquement opposable à ce tiers s'il l'a négociée ». Puisque l'actuel art. 25 du Règlement Bruxelles I bis a été impuissant à rétablir la sécurité juridique dans le contexte d'une vive concurrence de places, quelle pourrait être la voie d'une amélioration ?

II. LE DEPASSEMENT DE L'ANALYSE CONFLICTUELLE DE LA SUCCESSION DU PORTEUR OU DE L'ENDOSSATAIRE AUX DROITS DU CHARGEUR

17.- Du point de vue de l'espace de sécurité, de justice et de liberté, le recours à la méthode conflictualiste prescrit par la jurisprudence de la Cour de justice est nettement préférable à l'approche *lex foriste* qui prévalait auparavant en France devant certaines juridictions du fond et devant la chambre commerciale de la Cour de cassation. Cette approche antérieure, qui faisait dépendre l'opposabilité d'une clause de juridiction stipulée dans un titre négociable des hasards de la saisine du juge par le porteur ou le dernier endossataire, était manifestement contraire aux exigences de sécurité juridique et de confiance mutuelle qui sont particulièrement nécessaires au commerce maritime et au crédit documentaire. Mais comme nous l'avons souligné, la méthode conflictuelle soulève ses propres aléas : science des broussailles si l'on veut respecter la qualification de titre négociable, puisque le connaissance est un titre négociable *sui generis*, ou bien détour inutile si l'on opte pour la qualification contractuelle appliquée au contrat de transport puisque finalement, c'est la *lex contractus* élue au connaissance qui décidera de l'opposabilité ou de l'inopposabilité de la clause de juridiction. Dès lors que la validité de la clause attributive de juridiction est vérifiée *inter partes* conformément à l'article 25 § 1, l'énoncé d'une règle matérielle d'opposabilité des clauses de juridiction figurant au connaissance serait la meilleure garante de sécurité juridique. Après avoir énoncé le fondement de la règle matérielle d'opposabilité de la clause au titulaire du connaissance (A), on soulignera que les conditions sont réunies pour conforter son opportunité (B).

A. Les fondements de la règle matérielle d'opposabilité de la clause de juridiction au titulaire du connaissance

18.- Les premiers fondements d'une nouvelle règle matérielle à insérer dans le Règlement Bruxelles I bis sont à rechercher dans les principes gouvernant l'espace de sécurité, de liberté et de justice. Plusieurs d'entre eux justifient qu'une fois établies la validité du titre *erga omnes* et la validité de la clause *inter partes*, son opposabilité soit reconnue en vertu d'une règle matérielle.

Tout d'abord, refuser l'opposabilité de la clause de juridiction au porteur légitime ou au dernier endossataire régulier revient, en réalité, à contester la possibilité même de stipuler utilement une clause attributive de juridiction. En effet, une fois le chargeur et les porteurs ou endossataires successifs désintéressés par la perception du prix perçu à l'occasion des ventes successives des *marchandises flottantes*, seul le dernier porteur légitime ou le dernier endossataire régulier, accomplissant le connaissance, aura un intérêt à agir contre le transporteur : lui seul aura subi le dommage, par retard, avarie ou manquant, et il sera donc le seul à avoir intérêt à agir contre le transporteur. Le chargeur et les porteurs ou endossataires antérieurs ne sont plus concernés par le contentieux. En cas d'inopposabilité au dernier porteur ou endossataire, l'utilité de la clause serait alors réduite au seul contentieux introduit par le transporteur dans l'hypothèse où le destinataire final, violant son obligation de prendre livraison, a

abandonné le conteneur au port d'arrivée pour des raisons sanitaires ou douanières, car alors, par la force des choses, le transporteur ne pourra agir que contre le chargeur qu'il est seul à connaître³⁴. La contestation de l'opposabilité de la clause revient, s'agissant du connaissance, à une contestation déguisée de la liberté de stipuler des accords le plus souvent exclusifs et s'inscrit contre le considérant n° 22.

Ensuite, s'agissant par hypothèse de clauses désignant le juge d'un Etat membre, la contestation de l'opposabilité de la clause valablement stipulée au connaissance semble principalement animée par des motivations tirées de la concurrence de places, sans impact de principe sur le régime applicable au fond. En effet, si la clause attributive de juridiction est actionnée par le dernier porteur légitime ou par le dernier endossataire régulier, c'est pour élever contre le transporteur une réclamation relevant d'un régime de droit uniforme harmonisé par les conventions internationales régissant le transport maritime, à savoir les *Règles de La Haye*, les *Règles de La Haye-Visby* ou les *Règles de Hambourg*. Certes, les plafonds de limitation varient selon le protocole applicable, mais le régime fondamental demeure : une obligation de résultat au bénéfice des intérêts cargaison moyennant une limitation de responsabilité du transporteur. Alors que le comité maritime international recueille et consolide les jurisprudences nationales rendues au visa de ces conventions, aucune défiance n'est justifiée à l'égard d'aucun juge d'aucun Etat membre.

Enfin, il convient de souligner que le refus de l'opposabilité de la clause de juridiction valablement stipulée dans le titre littéral qu'est le connaissance revient à cloisonner le marché intérieur et à élever les coûts de la transaction dans un secteur qui est traditionnellement au cœur du commerce international. Comment peut-on soutenir, en particulier s'agissant du trafic conteneurisé de ligne, qu'une acceptation spéciale de la clause de juridiction est requise par chacun des porteurs et endossataires successifs de tous les connaissances représentant les marchandises empotées dans tous les conteneurs chargés sur un même navire ? D'une part, c'est ignorer que les porte-conteneurs transportent plusieurs milliers ou dizaine de milliers de conteneurs³⁵ dont les cargaisons appartiennent à autant, voire plus, de propriétaires en cas de connaissance de groupage. D'autre part, la pratique préconisée par certains auteurs français d'une acceptation spéciale de la clause n'est pas documentée en pratique, et pour cause... Soit on opte pour la qualification de titre, comme nous le préconisons, et la clause passe aux porteurs ou endossataires avec le titre, soit on opte pour la qualification contractuelle (par facilité et à rebours de la nature des choses), et alors la clause attributive de juridiction fait partie de « *l'économie de la convention de transport maritime internationale* »³⁶.

19.- D'autres fondements peuvent être mis en évidence dans la pratique documentaire des ventes maritimes. La formulation d'une règle matérielle d'opposabilité à toute la chaîne des porteurs ou endossataires des clauses figurant au titre négociable serait ainsi conforme à la nature des choses, c'est-à-dire tout à la fois à « *l'économie de la convention de transport maritime* » sous-jacente et surtout à la fonction de titre négociable du connaissance maritime ou fluvial. S'agissant des pays de droit civil, Rodière met en exergue la consolidation progressive de la fonction de titularité des marchandises entre le XVII^{ème} et le XIX^{ème} siècle : ainsi, « *Les témoignages du franchissement de cette nouvelle étape ne concordent pas chronologiquement d'un pays à l'autre* », mais l'usage s'en répand. Il faudra attendre le XIX^{ème} siècle pour que cette cristallisation aboutisse « *à donner au connaissance la valeur d'un titre autonome et à son porteur un droit abstrait de sa cause fondamentale* »³⁷. Outre-Manche, le Lord Devlin fait remonter à 1788 la cristallisation de l'usage : « *The Bill of Lading obtains its symbolic quality from the custom found in Lickbarrow c. Mason and that is a custom which makes bills of lading "negotiable and transferable" by endorsement and delivery or transmission* »³⁸.

On fait certes observer qu'il a fallu que l'usage soit reçu et cristallisé par le juge, de sorte que la négociabilité n'est pas un attribut exclusivement ancré dans la croyance des opérateurs et dans la seule *lex maritima*³⁹. Il est vrai, en France, qu'il fallut attendre un arrêt de principe du 17 août 1859 décidant que « *La propriété des marchandises voyageant par voie de mer est représentée par le connaissance ; que le connaissance peut être à ordre et que, lorsqu'il ainsi stipulé, il se transmet, comme la lettre de change, ainsi que les marchandises dont il est la représentation, par voie d'endossement* »⁴⁰. Mais précisément, nul n'ignore que la consécration en droit interne des usages du commerce ou, en droit des affaires internationales, des usages du commerce international, s'opère prioritairement au moyen d'une cristallisation par des décisions de justice recognitives, avant même les *restatements*

³⁴ Et encore les défendeurs essayent-ils alors de se soustraire à leur responsabilité en contestant leur qualité de chargeur : C. App. Aix-en-Provence, 1^{er} février 2024, DMF, 2024, p. 448, « *Le connaissance et la stratégie du coup de ciseaux : La contestation de la signature et de la qualité de chargeur* » note O. CACHARD.

³⁵ J.-L. RENARD, note sous Cass. com. 12 mars 2013, op. cit.

³⁶ O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale ; Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimes », in *Mélanges Gaudemet-Tallon*, p. 189 s.

³⁷ R. RODIERE, *Traité de droit maritime, Affrètements et transports*, t. II, 1968, § 439, p. 55.

³⁸ *Kum v. Wah tat bank*, [1971], Lloyd's Rep. 439 s., 446.

³⁹ R. AIKENS, R. LORD, M. BOOLS, *Bills of Lading*, 2nd ed, London, Informa Law, Routledge, § 2.6, p. 26, ad notam 48.

⁴⁰ Civ, 17 août 1859, D. 1859, I, p. 347

proposés par les ONG⁴¹. Plus significative encore est la consécration de la négociabilité du connaissement à l'article 57 des *Règles de Rotterdam* ; même si la Convention n'est pas entrée en vigueur faute des ratifications espérées par la Chine et les Etats-Unis, elle constitue un élément de l'acquis CNUDCI et concourt à la reconnaissance de l'usage de négociabilité. En outre, il faut souligner que la négociabilité du connaissement ne concerne pas exclusivement, ni même principalement, le secteur maritime. L'usage de la négociabilité trouve sa raison d'être dans le crédit documentaire dont les *Règles et usances uniformes de l'ICC* codifient la pratique bancaire. Or les RUU distinguent bien d'une part le *connaissement* (Art. 20 RUU 600) qui, sans épithète, est compris comme négociable, et les autres documents particuliers que sont la *lettre de transport maritime non négociable* (Art. 21) et le *connaissement de charte-partie* (Art. 22).

La Cour de justice elle-même fait une allusion nette à l'usage d'opposabilité des clauses figurant au connaissement dans l'arrêt *Tilly Russ* et dans l'arrêt *Coreck*, au considérant 25 en visant l'adage *nemo plus juris*, une foi établie la validité de la stipulation de la clause : « *Si tel est le cas, le consentement du tiers à la clause attributive de juridiction insérée dans le contrat initial n'a pas à être vérifié. En effet, dans cette hypothèse, l'acquisition du connaissement ne saurait conférer au tiers porteur davantage de droits que n'en détenait le chargeur. Le tiers porteur devient ainsi titulaire à la fois de tous les droits et de toutes les obligations figurant dans le connaissement, y compris celles relatives à la prorogation de compétence* ». Dès lors, il est opportun de tirer toutes les conséquences de ce constat pour préférer une règle matérielle au détour par la règle de conflit de lois.

B. L'opportunité de la règle matérielle d'opposabilité de la clause de juridiction au titulaire du connaissement

21.- Plusieurs considérations convergent pour donner toute sa place à la règle matérielle d'opposabilité de la clause de juridiction au titulaire du connaissement négociable. Une première considération tient à ce que le connaissement est inséré dans un environnement documentaire déjà largement régi par les usages et les règles matérielles. La Cour de justice a ainsi reconnu l'existence des usages du commerce international s'agissant des *Incoterms*⁴². Et le connaissement négociable est souvent utilisé en conjonction avec un contrat de vente incorporant un *Incoterm* assorti de la seule mention du lieu de destination, dans des opérations de vente maritime financées par crédit documentaire. La valeur d'usage des RUU 600 est également difficilement contestable. L'usage de la négociabilité du titre littéral incorporant un droit sur la marchandise pourrait donc être logiquement reconnu par à l'occasion de la refonte du *Règlement Bruxelles I bis* aussi bien pour la validité, comme c'est déjà le cas en droit positif, que pour l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au titulaire du connaissement. Certes, la jurisprudence des juges du fond, française en particulier, est émaillée de tentatives réitérées de plaideurs tendant à contester l'opposabilité de la clause de juridiction. Mais, comme la Cour de justice l'a dit pour droit, la contestation judiciaire répétée de l'existence d'un usage du commerce international par des plaideurs qui y ont intérêt, ne suffit pas à remettre en cause cet usage. Or il est d'usage⁴³ que les transporteurs maritimes désignent les juridictions de l'Etat de leur siège. Et les commissionnaires de transport connaissent ces usages⁴⁴.

22.- Une deuxième considération en faveur de la règle matérielle d'opposabilité de la clause aux endossataires ou porteurs du titre négociable tient au fait qu'elle circonscrit ses effets au seul titre et à ses seules mentions, sans prendre en considération ni les documents périphériques ou préparatoires (arrêté de réservation de fret ou *booking notes*, site internet de la compagnie, échange de mails) ni les documents non-négociables (connaissement à personne dénommée, *seaway bill*).

23.- Une troisième considération tient aux évolutions de la pratique maritime. Les connaissements négociables sont émis principalement s'agissant du transport de conteneurs et du transport de produits pétroliers. Avec 20 000 ou 30 000 conteneurs par navire, le transporteur de conteneurs a autant de destinataires différents que de boîtes (voire plus avec les conteneurs de groupage) répartis sur toutes les escales de la ligne. Quant au transporteur de produits pétroliers, la cargaison sera revendue plus d'une centaine de fois durant le voyage maritime par endossement ou par tradition du titre. Est-il raisonnable, par une neutralisation artificielle d'une clause du titre, de reporter sur le transporteur l'aléa d'un contentieux aussi dispersé qu'une mosaïque ? Le contentieux entre le transporteur et les intérêts cargaison est un contentieux entre opérateurs du commerce international, qui ne relève

⁴¹ CMI, « The CMI Lex Maritima, The Gothenburg Draft », 2024, *Principle 17 – Contract for the carriage of cargo*, « 2. The shipper is entitled to obtain from the carrier a transport document for the carriage of goods by sea, such as a bill of lading, evidencing the maritime transport contract and the receipt of the goods under such contract by the carrier or a performing party. Such transport document may be negotiable or non-negotiable ».

⁴² CJUE 9 juin 2011, aff. C-87/10, *Electrosteel Europe SA c Edil Centro SpA*

⁴³ Reconnaissant qu'il est d'usage que les transporteurs maritimes incluent dans les connaissements une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux dans le ressort desquels se trouve leur siège social. Cet usage étant largement connu et régulièrement observé, il y a lieu de confirmer la compétence de la juridiction française pour connaître de l'action indemnitaire présentée par un transporteur maritime conformément à la clause attributive de compétence contenue dans les connaissements, Cass. com., 12 mars 2013, pourvoi n° 10-24.465 et Cass. com., 19 novembre 2013, Pourvoi n° 12-24.668, *navire Paul Rickmers*, DMF, 2013, p. 317 note O. CACHARD

⁴⁴ CA Versailles, 5 août 2021, n° 19/08205, *navire MSC Trieste*, DMF 2021, n° 841, 1031, obs. PIETTE, « *Il est d'usage de faire figurer une clause de compétence au dos d'un connaissement et celle-ci est opposable au commissionnaire de transport comme au chargeur, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient expressément accepté cette clause* »

pas et ne doit pas relever, de façon déguisée, d'une compétence protectrice de la partie faible. Et d'ailleurs, qui est la partie faible ? Tantôt c'est le chargeur ou le destinataire, tantôt c'est le transporteur. A quoi l'on ajoutera un argument de droit substantiel : quand le connaissement est à l'entête de la compagnie maritime, il est notoire, pour tous les acteurs intéressés, que la marchandise sous connaissement fait l'objet d'une détention précaire par le transporteur facilement identifiable et localisable.

24.- Une quatrième considération tient aux conséquences du Brexit. On sait que les clauses attributives de juridiction désignant les juridictions londoniennes étaient fréquentes, sans doute en raison de l'activisme de la place de Londres et de la présence d'organisations professionnelles comme BIMCO ou GAFTA stipulant des clauses Londres dans leurs formulaires ; c'est contre ces clauses en faveur de Londres qu'en France, en Espagne et en Italie, un vent de contestation s'est levé. Désormais, ces clauses en faveur de Londres désignent les juridictions d'un pays tiers et elles ne relèvent donc plus de l'article 25 du *Règlement Bruxelles I bis*. Elles ne relèvent pas pour l'heure de la Convention de Lugano, la Commission européenne s'étant prononcée en défaveur de l'adhésion du Royaume-Uni⁴⁵ ; elles ne relèvent pas non plus de la *Convention de La Haye de 2005 sur l'élection de for* puisqu'en vertu de l'art. 2 § 2 lettre f), le transport maritime de passagers et de marchandise est exclu. Les juridictions nationales de l'Union européenne auront donc tout le loisir d'appliquer les règles de leur droit international privé national, le cas échéant en défaveur de l'opposabilité, comme la Cour de cassation pu le faire récemment. Ainsi, il est parfaitement concevable de favoriser l'achèvement du marché intérieur en laissant les compagnies maritimes européennes désigner les tribunaux dans l'Union et opposer les clauses de juridiction stipulées dans leurs connaissements, tout en protégeant les plaideurs contre le risque d'une clause de juridiction désignant les juridictions d'un Etat tiers.

25.- Une cinquième considération, subsidiaire, tient, du point de vue français, à la nécessaire cohérence du traitement des clauses attributives de juridiction et du traitement des clauses d'arbitrage⁴⁶. Comment justifier, aux yeux des praticiens, un écart entre le traitement favorable de la circulation de la clause d'arbitrage et un traitement particulièrement défavorable à la circulation de la clause de juridiction. Veut-on ainsi encourager le report du contentieux du juge vers l'arbitre ?

26.- Conclusion - S'il est un particularisme à prendre en considération, c'est peut-être moins celui du droit maritime en tant que tel que celui des titres négociables (et en particulier les titres représentatifs de la marchandise), dont la circulation est nécessaire au commerce international, comme le sang est nécessaire à la vie de l'Homme⁴⁷ pour reprendre une expression fameuse. La circulation des titres représentatifs est en effet nécessaire au financement à court terme par le crédit documentaire. Or on conçoit mal que cette circulation se fasse en neutralisant systématiquement les effets des clauses attributives de juridiction, ce qui reviendrait à soumettre le dernier endossataire ou porteur à un régime processuel distinct de celui applicable au premier cocontractant du transporteur maritime, cocontractant dont il tient pourtant les droits en recueillant le titre. Si la Commission européenne entend véritablement réduire les incertitudes résiduelles soulevées par le contentieux de l'opposabilité au titre de l'article 25, elle doit donc préférer l'approche matérielle à l'approche conflictuelle. La consolidation de plusieurs champions européens de la commission de transport et du transport maritime invite aussi à abandonner le préjugé que le transporteur maritime serait systématiquement un champion extracommunautaire désireux d'attirer les parties hors des Etats de l'Union.

A supposer acquis le principe de la consécration d'une règle matérielle d'opposabilité des titres, il reste à définir son périmètre matériel et à localiser son insertion dans l'article 25. S'agissant du périmètre matériel de la règle d'opposabilité, on songe d'abord à une règle spéciale au connaissement maritime et fluvial. Le billet à ordre et la lettre de change ne jouissent-ils pas déjà d'un régime conventionnel matériel et conflictuel avec les Conventions de Genève ? Une approche centrée sur le connaissement est donc légitime. Mais au-delà de cet horizon maritime, on ne doit pas ignorer le possible renouveau des titres négociables en ce début de XXI^{ème} siècle avec les travaux de la CNUDCI. Signalons d'abord la *Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques*, dont la réception en droit anglais et en droit français permet de renouveler la circulation des titres négociables dont le connaissement ou le billet à ordre encore utilisé dans le secteur du grain. Signalons ensuite que le groupe de travail n° IV de la CNUDCI a adopté le texte d'un projet de convention internationale instituant un *document de cargaison négociable*, qui à l'instar du connaissement, sera un titre négociable incorporant les droits sur la marchandise, quel que soit le mode de transport et indépendamment de la réalisation ou non d'un segment maritime. Il serait donc prudent de ne pas limiter la règle d'opposabilité au seul connaissement. Quant à la localisation de la règle matérielle

⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 4 mai 2021, Évaluation de la demande d'accession du Royaume-Uni à la Convention de Lugano de 2007, COM (2021) 222 final, « *La convention de Lugano est une mesure d'accompagnement du marché intérieur et est liée au contexte UE-AELE/EEE. En ce qui concerne tous les autres pays tiers, la politique cohérente de l'Union européenne consiste à promouvoir la coopération dans le cadre des conventions multilatérales de La Haye. Le Royaume-Uni est un pays tiers sans lien particulier avec le marché intérieur. Il n'y a dès lors aucune raison que l'Union européenne s'écarte de son approche générale à l'égard du Royaume-Uni. (...)* » (

⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, *navire Lindos*, *Rev. arb.*, 2006, p. 438 -445. Notons que les clauses d'arbitrage sont fréquentes dans les connaissements de charte-partie.

⁴⁷ *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd v National Westminster Bank Ltd* (1978) Q.B. 146, 15.

d'opposabilité, elle pourrait suivre les règles spéciales en matière de *trust*, à l'article 25. Nous proposons ainsi d'insérer une nouvelle règle matérielle à l'article 25 § 5, ainsi formulée :

25 § 5. Les conventions attributives de juridiction valablement stipulées dans un titre négociable incorporant des droits sur une créance ou sur un bien sont opposables aux porteurs et aux endossataires successifs auquel le titre a été transféré.