



REVUE DE  
L'ARBITRAGE

EXTRAIT

COMITE FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

2010 - N° 1

## REVUE DE L'ARBITRAGE

**Rédacteur en chef :** Charles JARROSSON

**Secrétaire général :** Sylvain BOLLÉE

Toute correspondance est à adresser à :  
Rédaction de la Revue de l'arbitrage  
65, rue d'Anjou – 75008 Paris  
Tél./Fax : 01 55 06 16 44  
Courrier électronique : [secretariat@arbitrage-fr.org](mailto:secretariat@arbitrage-fr.org)

Pour les abonnements, cf. en page 3 de couverture

La traduction en anglais des résumés est assurée par M<sup>e</sup> Olivier PURCELL.

## COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

**Président :** Philippe LEBOULANGER

**Secrétaire général :** Alexandre HORY

**Trésorier :** Philippe LEPOITTEVIN

COMMISSION D'ÉTUDE

**Président :** Jean-Louis DELVOLVÉ

INSTITUT POUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (IAI)  
(*International Arbitration Institute*)

**Président :** Emmanuel GAILLARD

Adresse : 65, rue d'Anjou – 75008 Paris  
Tél./Fax : 01 55 06 16 44

Courrier électronique : [secretariat@arbitrage-fr.org](mailto:secretariat@arbitrage-fr.org)  
Site Internet : [www.arbitrage-fr.org](http://www.arbitrage-fr.org) et [www.arbitration-fr.org](http://www.arbitration-fr.org)

## LES CLAUSES DE RÉOLUTION DE LITIGES OPTIONNELLES

par

**Jérôme BARBET**

*Avocat au barreau de Paris  
Solicitor of the Senior Courts of  
England and Wales*

**Peter ROSHER**

*Avocat au barreau de Paris  
Solicitor of the Senior Courts of  
England and Wales*

### RÉSUMÉ

Les clauses de résolution de litiges optionnelles, que l'on rencontre parfois dans les contrats internationaux, ont tendance à devenir systématiques dans les financements de projets. La mise en œuvre pratique de ces clauses dépend de leur clarté. Sont-elles en principe valables ? En droit européen, la réponse est positive : l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement 44/2001 reconnaît la validité des accords d'élection de for non exclusifs. Cependant, la question se pose de savoir si les clauses de résolution de litiges optionnelles sont valables lorsqu'elles offrent un choix entre un tribunal étatique ou arbitral, ou lorsque l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement 44/2001 n'est pas applicable. Le droit anglais reconnaît la validité de ces clauses dans de tels cas, de même qu'un arrêt relativement ancien de la Cour de cassation française lorsque la clause offre un choix entre tribunal étatique et arbitral. Cet arrêt reflète-t-il toujours l'état du droit positif français, compte tenu, notamment, du principe d'égalité, érigé en principe d'ordre public international par l'arrêt *Dutco* ? A notre sens oui, sous réserve que la clause ne prétende pas offrir un choix illimité de tribunaux compétents au bénéficiaire de l'option. Il faut espérer, pour la sécurité juridique des transactions, que la jurisprudence française continuera à reconnaître la validité des clauses de résolution de litiges optionnelles. Il serait d'ailleurs paradoxal que les tribunaux français admettent l'effectivité de ces clauses lorsque l'une des parties est domiciliée sur le territoire de l'UE (et que la clause désigne des tribunaux étatiques communautaires) et non lorsque aucune des parties n'est domiciliée sur le territoire de l'UE et que la clause désigne les tribunaux français à titre optionnel. Il en va de l'attractivité de la place de Paris sur le plan international.

## SUMMARY

*Option clauses, not infrequently encountered in international contracts, are becoming increasingly standard in project financings. Their effective operation requires clarity in drafting. But are they, as a matter of principle, valid? In European law, the response is affirmative: Art. 23-1<sup>o</sup> of EU Regulation 44/2001 recognises the validity of non exclusive choice-of-court agreements. However, the question of their validity arises when a clause gives an option between state court or arbitral proceedings or where Art. 23-1<sup>o</sup> of EU Regulation 44/2001 does not apply. English law recognises the validity of such clauses in these circumstances, as did an older decision of the French Cour de cassation when the clause gives a choice between a state court and an arbitral tribunal. Does this decision remain good law today under French law, post-Dutco in light of the principle of equality enshrined in international public policy? For the authors, the answer is positive, provided that the option does not extend to an unlimited choice of courts / arbitral tribunals. It is hoped that the validity of an option clause will continue to be given effect under French law to safeguard the parties' bargain. It would be paradoxical if the French courts accepted that such clauses could operate when one of the parties is domiciled in the EU (and the clause designates courts within the EU) but not when none of the parties is domiciled in the EU and the clause designates French courts as an option. The attractiveness of Paris internationally as a dispute resolution forum is at stake.*

Certains contrats internationaux contiennent des clauses de résolution de litiges optionnelles par lesquelles une ou plusieurs parties, soucieuses d'éviter de n'avoir d'autre choix, une fois le litige né, que de saisir le seul tribunal, étatique ou arbitral, désigné par le contrat, se ménagent la faculté de décider de soumettre celui-ci à un autre tribunal. Les places financières internationales, notamment Paris et Londres, ont vu se développer ce genre de clauses dans les contrats de financement de projets de grande ampleur (financements d'infrastructures de transport, de nouvelles installations industrielles, pétrolières ou minières, centrales de production d'énergie...).

Ainsi, en cas de défaut de paiement et de risque d'insolvabilité du débiteur, un établissement de crédit préférera souvent avoir recours à un tribunal étatique local (tribunal du pays où le débiteur se situe ou a des actifs) et ce, pour des raisons de coût (gratuité ou moindre coût de la justice étatique) et/ou de rapidité (possibilité d'engager une procédure de référé provision

afin d'obtenir paiement de la créance dans certains pays comme la France, absence de nécessité d'engager une procédure d'exequatur afin de faire exécuter le jugement lorsque le débiteur a des actifs dans le pays du tribunal étatique désigné par la clause). Néanmoins, l'établissement de crédit souhaitera se réserver la possibilité, dès la conclusion du contrat, de soumettre les litiges à l'arbitrage et ce, afin de s'assurer d'une certaine neutralité dans le traitement de sa demande une fois le litige né, notamment en cas de risques politiques avérés dans le pays du débiteur, dont les tribunaux étatiques seraient désignés par la clause de résolution de litiges. De même, certains litiges complexes peuvent justifier le recours à des arbitres spécialisés plutôt qu'à une juridiction étatique.

Par ailleurs, les traités d'investissement bilatéraux prévoient systématiquement la possibilité, pour l'investisseur, d'agir soit devant les juridictions étatiques locales soit devant un tribunal arbitral international statuant en application du règlement de la CNUDCI, d'une institution d'arbitrage telle que la CCI ou devant le CIRDI (clauses « *fork in the road* »).

On examinera d'abord les principaux types de clauses de résolution de litiges optionnelles que l'on voit dans la pratique ainsi que leurs modalités de mise en œuvre (I), puis leur validité au regard du droit français de l'arbitrage international et des règles concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (II).

## I. – TYPOLOGIE ET MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES DE RÉOLUTION DE LITIGES OPTIONNELLES

### A) Typologie des clauses

Les clauses de résolution de litiges optionnelles que l'on rencontre le plus souvent peuvent être de deux types. Le premier est celui des clauses à option « exceptionnelle » (option fonctionnant comme une exception à la règle principale fixée par la clause), dont il existe deux variantes :

— Première variante : la clause d'élection de for avec possibilité d'opter pour l'arbitrage, par laquelle les parties conviennent de soumettre leurs litiges à la compétence d'un tribunal étatique,

sous réserve de la faculté donnée à l'une des parties (clause optionnelle unilatérale), à deux parties (clause optionnelle bilatérale) ou à plus de deux parties au contrat (clause optionnelle multilatérale), de décider, discrétionnairement, de soumettre le litige à un tribunal arbitral ;

— Deuxième variante : la clause d'arbitrage avec possibilité d'opter pour un tribunal étatique, par laquelle les parties conviennent de soumettre leurs litiges à la compétence d'un tribunal arbitral, sous réserve de la faculté donnée à l'une des parties, à deux parties ou à plus de deux parties au contrat, de décider, discrétionnairement, de soumettre le litige à un tribunal étatique.

Les clauses à option « exceptionnelle » que l'on rencontre le plus fréquemment sont unilatérales. On en voit de plus en plus dans les contrats de financement de projets internationaux impliquant des parties situées dans les pays émergents.

Le second type est celui des clauses à option « simple », aux termes desquelles une ou plusieurs parties se voient directement offrir la possibilité, une fois le litige né, de faire un choix entre les tribunaux étatiques ou arbitraux nommément désignés par la clause. Ainsi, du traité d'investissement bilatéral permettant à l'investisseur de saisir soit un tribunal étatique local (tribunal du pays hôte de l'investissement), soit un tribunal arbitral (clause à option simple unilatérale : seul l'investisseur dispose de l'option). De même, certains contrats du commerce international (conditions générales de vente par exemple) prévoient que le demandeur pourra, à son choix, soumettre le litige à l'un des tribunaux étatiques ou arbitraux nommément désignés par la clause (clause à option simple bilatérale ou multilatérale : toutes les parties au contrat sont susceptibles de bénéficier de l'option, pourvu qu'elles aient des demandes à former devant un tribunal).

Les clauses de résolution de litiges optionnelles ne doivent pas être confondues avec celles prévoyant une consultation entre les parties, une fois le litige né, en vue de soumettre celui-ci à l'arbitrage ou à la compétence d'un tribunal étatique nommément désigné. De telles clauses n'emportent pas attribution de compétence, ni consentement à l'arbitrage. Leur utilité paraît très réduite et ce, d'autant plus, que selon la jurisprudence française, elles ne sauraient être assimilées aux clauses instituant une

procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect entraîne l'irrecevabilité de la demande (1).

De même, les clauses de résolution de litiges optionnelles ne sauraient être confondues avec d'autres formes de clauses combinées, telles que les clauses de compétence dites « réciproques », reconnues valables (2), qui prévoient que les demandes de telle partie (française par exemple) devront obligatoirement être portées devant tel tribunal (allemand par exemple) alors que les demandes de l'autre partie (allemande) devront être portées devant un autre tribunal (français). De telles clauses qui, à défaut de convention contraire, sont présumées exclusives (notamment en droit européen) (3), n'offrent pas d'options de compétence aux parties (4).

Enfin, lorsque l'accord des parties contient une juxtaposition de deux clauses *a priori* inconciliables (clause d'arbitrage et clause d'élection de for), sans autre précision ni articulation entre lesdites clauses, une telle situation ne saurait nécessairement être interprétée comme instituant une option de compétence au profit de l'une ou l'autre des parties. Dans une telle hypothèse, il appartiendra en principe au tribunal arbitral, statuant par priorité sur sa compétence (soit parce qu'il est déjà saisi du litige, soit parce que la clause n'est pas manifestement

(1) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2007. *Rev. arb.*, 2008.137, obs. J.-P. Tricoit ; *Procédures*, n° 4, avril 2007, comm. n° 76, p. 16, note R. Perrot ; *JCP E*, 2007 II 1640, note R. Perrot ; *JCP*, 2007 I 168, § 16, note J. Béguin ; *RDAI*, n° 4, juillet 2007, pp. 578-582, note Ch. Imhoos. En ce sens que l'action exercée devant le juge français, en violation d'une clause de conciliation préalable obligatoire, est irrecevable : v. Cass. Ch. mixte, 14 février 2003. *Rev. arb.*, 2003.403, note Ch. Jarrosson ; *Procédures*, 2003, comm. 96, obs. H. Croze ; *D.*, 2003.2480, obs. Th. Clay ; *JCP E*, 2003, 1588, § 9, obs. C. Seraglini ; *JCP E*, 2003, 707, note H. Goze et D. Gautier ; *JCP E*, 2003 627, § 4, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *JCP*, 2003 I 142, n° 13 à 19, obs. G. Virassamy ; *D.*, 2003.1386, note Ancel et Cottin.

(2) CJCE, 9 nov. 1978, aff. 23/78. *Meeth c/ Glacetal*, *Rec. CJCE*, p. 2133, concl. Capotorti ; *Rev. crit. DIP*, 1981.136, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 1979.676, note Huet. V. aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 février 1980, *Bull. civ.*, I, n° 60, *Rev. crit. DIP*, 1981.121, note H. Gaudemet-Tallon, validant une clause attribuant compétence au tribunal du « lieu du plaignant ».

(3) Art. 23-1° du règlement 44/2001.

(4) Sauf à démontrer que la clause d'élection de for a été consentie dans l'intérêt exclusif d'une partie, auquel cas cette dernière pourra en principe y renoncer et saisir un autre tribunal (compétent en vertu des règles de droit commun) (cf. *infra*).

nulle ou inapplicable) (5) puis, en cas de recours à l'encontre de la sentence ou de l'ordonnance d'exequatur, au juge judiciaire, de déterminer l'intention des parties. S'il ne peut être complètement exclu que la clause soit interprétée comme offrant une option de compétence à l'une des parties (par exemple, en faveur du demandeur), sa mise en œuvre risque de s'avérer longue et fastidieuse dans le cas où le prétendu bénéficiaire de l'option déciderait d'agir devant un tribunal étatique, compte tenu de la priorité donnée aux arbitres pour statuer sur leur propre compétence. La jurisprudence française a, au surplus, tendance à considérer que ces clauses, loin d'offrir une option, donnent compétence « principale » au tribunal arbitral pour trancher les litiges et compétence « subsidiaire » au tribunal étatique nommément désigné par la clause (6).

#### B) Mise en œuvre de l'option

L'efficacité des clauses de résolution de litiges optionnelles dépend de leur degré de précision. A défaut de définition claire et précise, par le contrat, des modalités d'exercice de l'option, ou d'exercice dans le strict respect des modalités définies par le contrat, sa mise en œuvre risque de se heurter, en France, au mieux, à un renvoi des parties devant l'arbitre, afin que celui-ci statue sur sa propre compétence (ce qui, dans l'hypothèse où le

(5) Art. 1458 CPC. V. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 décembre 2003 (*JCP*, 2004 II 10075, note C. Noblot ; en somm. in *Rev. arb.*, 2004.442 ; *RTD com.*, 2004.255), qui considère que les deux clauses ne sont pas nécessairement contradictoires et qu'il appartient au tribunal arbitral de statuer par priorité sur sa compétence. V. aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007 (*Rev. arb.*, 2008.453, note F.-X. Train), cassant un arrêt d'appel au visa des articles 1444 et 1457 du Code de procédure civile au motif que celui-ci avait décidé, à tort, que la présence, dans le même contrat, d'une clause d'élection de for et d'une clause d'arbitrage constituait une contestation sérieuse empêchant le juge d'appui de désigner un arbitre.

(6) La Cour d'appel de Paris a déjà jugé que lorsqu'un contrat contient à la fois une clause d'arbitrage et une clause d'élection de for, la clause d'élection de for peut être comprise comme étant subsidiaire à la clause d'arbitrage, et n'ayant vocation à s'appliquer que « dans le cas où, pour une raison quelconque les arbitres ne seraient pas saisis ou ne pourraient pas statuer » (Paris, 11 janvier 1995, *Brigif*, RG n° 94/22398). Cette interprétation a été validée par la Cour de cassation (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 novembre 1997, *Brigif*, en somm. in *Rev. arb.*, 1997.544 : « mais attendu que la Cour d'appel, en décidant du caractère subsidiaire de la clause attributive de compétence territoriale, n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation de la commune intention des parties »). V. aussi Paris, 29 nov. 1991, *Chardonnet*, *Rev. arb.*, 1993.617, note L. Aynès ; E. Loquin, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.*, 2006.764 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, n° 490.



bénéficiaire de l'option entend soumettre le litige à un tribunal étatique, entraînera une perte de temps et des frais supplémentaires pour lui), au pire à considérer que celui qui se prétend bénéficiaire de l'option n'en a pas, ou bien qu'il ne l'a pas valablement exercée.

Ainsi, une clause stipulant que les litiges doivent être réglés à l'amiable, et que, si cela est impossible, « *chacun des contractants pourra appeler un tribunal arbitral qui résoudra le litige (...) de manière définitive et obligatoire pour les deux contractants* » peut légitimement être interprétée comme signifiant, « *non que chaque partie dispose d'une option entre les juridictions arbitrale et étatique, mais que chacune d'elles a le pouvoir de mettre en oeuvre l'arbitrage convenu, de sorte que la faculté d'y recourir exercée par l'une s'impose à l'autre* » (7).

La mise en œuvre des clauses de résolution de litiges optionnelles soulève cinq questions : qui peut exercer l'option ? quand ? comment ? dans quels cas ? quels en sont les effets ?

#### 1°) Qui peut exercer l'option ?

Les clauses de résolution de litiges optionnelles précisent souvent l'identité du ou des bénéficiaire(s) : une seule des parties (clause optionnelle unilatérale) ou toutes les parties (clause bilatérale ou multilatérale). A défaut de précision sur l'identité du bénéficiaire de l'option, le tribunal arbitral devra déterminer l'intention des parties. Au stade du recours à l'encontre de la sentence ou de l'ordonnance d'exequatur, le juge français sera sans doute tenté de considérer qu'à défaut de précision par la clause, l'option bénéficie au demandeur : telle est en effet la position retenue par la jurisprudence française en matière de clauses d'élection de for optionnelles (clauses offrant la possibilité de soumettre le litige à tel ou tel tribunal étatique) (8) et de clauses compromissoires optionnelles (clauses offrant la possibilité d'agir devant des institutions d'arbitrage différentes) (9).

(7) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 octobre 1996. *Bull. civ.*, I, n° 347, *Rev. arb.*, 1998.409, obs. C. Malinvaud et L. Kiffer.

(8) Paris, 10 oct. 1990 : D. 1990, IR p. 274 ; *Rev. crit. DIP*, 1991.605. note H. Gaudemet-Tallon.

(9) V. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 1993 (*Bull. civ.*, II, n° 235, *Rev. arb.*, 1994.95, note Y. Paclot ; *Petites Affiches*, 22 février 1995 n° 23, p. 4, n° 8, obs. P.-A. Gélinas), qui admet qu'une clause compromissoire puisse être interprétée comme offrant le choix à « *la partie la plus diligente* » de saisir une des deux institutions d'arbitrage désignées par le contrat.

Une course au tribunal risque alors de se produire : celui à l'encontre duquel des réclamations ont été formulées avant l'introduction d'une procédure, aura peut-être intérêt à saisir, en premier, le tribunal de son choix, d'une action déclaratoire (par exemple en cas de litige sur l'interprétation du contrat).

### **2°) Quand l'option peut-elle être exercée ?**

La clause le précise parfois : avant et/ou après saisine du tribunal arbitral ou étatique, par courrier recommandé ou par acte de procédure (assignation, conclusions, mémoire). Certaines clauses prévoient qu'à défaut d'exercice de l'option dans un certain délai, celle-ci ne pourra plus être exercée par son bénéficiaire originel mais par le cocontractant, qui peut alors à son tour choisir le tribunal compétent.

A défaut de précision, par la clause, du délai dans lequel l'option peut être exercée, de deux choses l'une : soit le bénéficiaire de l'option est demandeur, auquel cas il pourra, sauf renonciation préalable (10), l'exercer jusqu'au jour d'introduction de la demande devant le tribunal ; soit le bénéficiaire de l'option est défendeur, auquel cas on devrait lui imposer l'obligation de l'exercer dans un délai raisonnable. A notre sens, on ne saurait exiger du défendeur qu'il exerce son option avant d'avoir reçu l'acte introductif d'instance (ou au moins un projet d'acte) : ce n'est qu'à ce moment que le défendeur aura connaissance, avec suffisamment de précision, de la demande formée contre lui. En revanche, le bénéfice de l'option devra lui être refusé s'il prétend pouvoir l'exercer après avoir soulevé, devant le tribunal, une ou plusieurs défenses au fond ou fins de non recevoir : dans un tel cas, conclure au fond devant le tribunal arbitral devrait être interprété comme valant acceptation de la compétence de celui-ci pour trancher le litige. S'agissant des tribunaux judiciaires français, le Code de procédure civile dispose que les exceptions d'incompétence doivent être soulevées *in limine litis* (11) : aussi, le défendeur ne pourra plus exercer son option et contester la compétence du tribunal étatique français s'il a déjà conclu au fond.

(10) A propos de la renonciation à une clause compromissoire, v. Paris, Pôle 1, Chambre 1, 21 janvier 2010, *Sté Inversiones Errazuriz Limitada - SA c/ Kreditanstalt für Wiederaufbau* (en somm. *infra*, p. 179) : « La renonciation au bénéfice de la clause compromissoire, si elle peut être tacite, doit résulter d'une manifestation de volonté dépourvue de toute équivoque ».

(11) Art. 74 CPC.

En droit anglais, l'option est disponible jusqu'à ce que le bénéficiaire l'exerce, soit expressément, soit en adoptant un comportement pouvant légitimement laisser penser à l'autre partie qu'il l'a exercé (12). Ainsi, le bénéficiaire de l'option, défendeur, ne pourra plus exercer celle-ci s'il s'est abstenu, par exemple, de contester la compétence du tribunal étatique anglais dans son premier acte de procédure (l'« *acknowledgment of service* ») (13).

### 3°) Comment exercer l'option ?

A défaut d'autre précision dans la clause, elle pourra être exercée par tous moyens : dans l'assignation ou la demande d'arbitrage, par courrier, *e-mail*, télécopie, mémoire ou conclusions par exemple. Ni le droit français de l'arbitrage international, ni les dispositions du Code de procédure civile français ou du règlement 44/2001 ne posent de conditions de forme à l'exercice d'une option de compétence. Par ailleurs, pour le juge anglais, le cocontractant du bénéficiaire de l'option n'est pas tenu, avant de commencer une procédure, de demander au bénéficiaire s'il peut saisir tel ou tel tribunal désigné par la clause (14).

### 4°) Dans quels cas l'option peut-elle être exercée ?

Le bénéficiaire d'une option de compétence peut-il choisir, dans tous les cas, de soumettre le litige à l'un des tribunaux nommément désignés par la clause ? Si celle-ci ne donne compétence à tel ou tel tribunal que pour trancher certains litiges, elle devra naturellement être respectée : le bénéficiaire de l'option ne saurait faire juger par le tribunal de son choix, une demande que les parties ont exclu du champ de compétence de celui-ci. Mais même lorsque la demande entre dans le champ de compétence du tribunal, tel que défini par la clause, le bénéficiaire de l'option dispose-t-il toujours du droit de l'exercer comme bon lui semble ? Par exemple, ayant assigné son cocontractant devant un tribunal français en paiement du prix de prestations, le bénéficiaire de l'option peut-il exiger que la

(12) *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.* (2004) All ER (D) 152, au paragraphe 11, par Morison J.

(13) *Law Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others* (2005) EWHC 1412 (Ch), par Mann J.

(14) *NB Three Shipping*, par Morison J., précité, au paragraphe 14.

demande reconventionnelle de son adversaire, en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de la prétendue non-exécution du même contrat, soit soumise à un autre tribunal, arbitral celui-ci ? Ayant accepté d'être assigné en nullité du contrat devant un tribunal étatique, le bénéficiaire de l'option de compétence peut-il alors demander l'exécution du même contrat devant un tribunal arbitral ?

Première solution éventuellement envisageable, mais difficile à mettre en œuvre semble-t-il : on pourrait considérer, si le litige est indivisible ou si les demandes des parties sont connexes, c'est-à-dire s'il existe un risque que les juridictions saisies de ces différentes demandes rendent des décisions inconciliables, que le bénéficiaire de l'option ne saurait être autorisé à fragmenter le litige de la sorte et qu'il commettrait un abus de droit en essayant de le faire. On remarquera cependant que l'article 28 du règlement 44/2001, qui prévoit la possibilité de surseoir à statuer en cas de demandes connexes – c'est-à-dire au cas où les demandes sont « liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément » – ne devrait pas être d'un grand secours, car il ne s'applique que dans l'hypothèse où lesdites demandes sont portées devant des juridictions étatiques communautaires différentes. De même, il est douteux que l'article 101 du Code de procédure civile français puisse être invoqué à l'appui d'une demande de dessaisissement d'un tribunal étatique français en faveur d'un tribunal arbitral. Conçu pour la connexité interne et étendu à l'ordre international (15), l'article 101 CPC ne paraît concerner que les rapports entre juridictions étatiques. Quant à la possibilité pour le tribunal arbitral de se dessaisir au profit d'une juridiction étatique, il ressort des sentences publiées que les arbitres n'y sont généralement pas favorables, à tout le moins lorsque la clause de résolution de litiges n'offre aucune option de compétence (16). De plus, la Cour de cassation a jugé, dans l'affaire *Quarto Children's*, que « la seule constatation d'une indi-

(15) La Cour de cassation a étendu le domaine de l'article 101 CPC aux litiges internationaux, lorsque l'une des juridictions étatiques saisies est étrangère (sous réserve de l'absence de compétence exclusive des tribunaux français) : cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999. *Bull. civ.*, I, n° 208, *Rev. crit. DIP*, 2000.42. note G. Cuniberti.

(16) Sentence CCI 6142. 1990, *JDI*, 1990.1039, obs. Y. Derains. V. également P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Litec, 2004.

*visibilité ne suffit pas à elle seule à faire obstacle au jeu de la clause d'arbitrage* » (17).

Aussi, la solution la plus simple — et probablement la plus logique, à tout le moins lorsque la clause parle d'option offerte à l'une des parties de soumettre le « litige » à tel ou tel tribunal — serait de considérer que dès lors qu'une option est exercée par son titulaire, elle vaut pour toutes les demandes principales et reconventionnelles effectuées par les parties jusqu'à l'extinction de l'instance.

#### 5°) *Quels sont les effets de l'exercice de l'option ?*

L'exercice de l'option est en principe irrévocable : il ne saurait par exemple être permis au demandeur bénéficiaire d'une option de compétence, qui a d'abord saisi un tribunal étatique, de se raviser et saisir un tribunal arbitral des mêmes demandes. Un tel comportement serait contraire à la règle de *l'estoppel*, consacrée par la Cour de cassation, notamment dans l'affaire *Golshani* où le demandeur, qui avait saisi un tribunal arbitral, prétendait, une fois la sentence rendue, que ledit tribunal aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle (18). De même, en droit anglais, une fois exercée, l'option devient irrévocable : le bénéficiaire ne peut « *souffler le chaud et le froid* » dit le juge anglais, dont la solution est, ici encore, inspirée de la règle de *l'estoppel* (19).

Les traités d'investissement bilatéraux stipulent souvent qu'une fois exercée, l'option est irrévocable. M. M. Audit indique néanmoins que cette règle « *n'est pas coutumière, elle doit avoir été expressément posée par un traité conclu entre l'Etat*

(17) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 octobre 2001. *Quarto Children's Books*. *Rev. arb.*, 2002.919, note D. Cohen ; *Rev. crit. DIP*, 2002.555, note F. Jault-Seseke. A l'inverse, la clause d'élection de for ne résiste pas à l'indivisibilité du litige. La Cour de cassation considère en effet qu'en cas d'indivisibilité du litige, la clause d'élection de for doit s'effacer devant la règle fixée par l'art. 42 al. 2 CPC (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 octobre 1990. *Bull. civ.*, I, n° 219).

(18) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2005, *Golshani*. *Bull. civ.*, I, n° 302, *Rev. arb.*, 2005.993, note Ph. Pinsolle ; *D.*, 2005.2570, note M.A. Boursier ; *D.*, 2005.3059, obs. Th. Clay ; *JCP*, 2006 I 179, obs. J. Ortscheidt. V. aussi Cass. Ass. Plén., 27 février 2009, *Bull. Ass. Plén.*, n° 1 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009, *Bull. civ.*, I, n° 86. V. également Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 2010, *Sté Merial v/ Sté Klocke Verpackung – Service GMBH*, pourvoi n° 08-21.288, qui définit *l'estoppel* comme un comportement constitutif d'un « *changement de position, en droit, de nature à induire en erreur* » l'autre partie.

(19) *Law Debenture* (2005), précité, p. 45, par Mann J.

*d'origine de l'investisseur et l'Etat d'accueil* » (20). Par ailleurs, la renonciation à la seconde branche de l'option suppose, à tout le moins, « une identité de parties, d'objet et de cause dans les deux procès interne et international » (21).

L'exercice de l'option doit-il être accepté par l'autre partie ? S'agissant d'une clause à option « exceptionnelle » (unilatérale, bilatérale ou multilatérale), ou d'une clause à option « simple » unilatérale, le choix fait par le bénéficiaire de l'option, une fois le litige né, du tribunal compétent n'a pas à être accepté par l'autre partie, puisque cette dernière a déjà donné son consentement dans le contrat ou le traité (22). Ainsi, le juge anglais considère que lorsqu'un droit d'option a été conféré à l'une des parties, le consentement du cocontractant à la compétence du tribunal choisi par cette dernière, résulte du contrat lui-même (23).

S'agissant des clauses à option simple bilatérale ou multilatérale, l'acceptation de l'autre partie ne sera également pas nécessaire si le bénéficiaire de l'option est unique et qu'il est identifiable. Tel sera généralement le cas, la plupart des clauses de ce type prévoyant que le bénéficiaire de l'option est le demandeur. Si la clause ne précise pas l'identité du bénéficiaire de l'option, elle risquera de se voir priver d'efficacité dans l'hypothèse où les parties exerceraient simultanément ou successivement des options contradictoires et que le contrat n'indique pas la conduite à tenir dans un tel cas. Le problème peut néanmoins être évité si l'on considère, conformément à la tendance jurisprudentielle que, à défaut de précision par la clause, le bénéficiaire de l'option est uniquement le demandeur.

## II. - RÉGIME DES CLAUSES DE RÉOLUTION DE LITIGES OPTIONNELLES

Le régime des clauses de résolution de litiges optionnelles soulève tout d'abord la question du droit qui leur est applicable (A).

(20) M. Audit, *J.-Cl. Droit international*, v° « Droit des investissements internationaux, Contentieux arbitral international, Droit commun », Fasc. 572-65, n° 37.

(21) C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Domat-Montchrestien, 2005, n° 156.

(22) Paris, *République tchèque c/ Nreka*, 25 septembre 2008, *Rev. arb.*, 2009.337, note I. Fadlallah.

(23) *Pittalis v. Sherefettin* (1986) 2 All ER, 227, p. 231, par Fox L.J.

Seconde question : au sein d'un ordre juridique déterminé, quelles règles appliquer ? Plusieurs sous-ensembles de règles sont susceptibles de fournir des réponses à la question du régime des clauses de résolution de litiges optionnelles : les règles du droit de l'arbitrage international (C) et celles relatives à la compétence internationale, l'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers (B). Il conviendra donc d'examiner l'interaction entre ces deux groupes de règles (D).

#### A) Droit applicable

Remarque préliminaire : la validité des clauses « *fork in the road* » des traités bilatéraux d'investissement, qui permettent au seul investisseur de choisir le tribunal compétent, ne saurait — si le traité a été signé avec la France — être contrôlée au regard de la loi française (ou une loi étrangère), conformément au principe de supériorité du traité sur la loi. Dans un tel cas, la loi nationale, française ou étrangère, n'aurait vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où elle ne serait pas contraire au traité signé par la France.

La détermination du droit applicable appelle des observations distinctes selon qu'il s'agit de traiter de la convention d'arbitrage internationale (1<sup>o</sup>) ou de l'accord d'élection de for (2<sup>o</sup>).

##### 1<sup>o</sup>) Droit applicable à la clause d'arbitrage internationale

La validité de la clause d'arbitrage insérée dans un contrat international est en principe contrôlée au regard de la seule « *volonté commune des parties* » et des « *exigences de l'ordre public international* », hors de toute référence à un système de conflit de lois (jurisprudence *Dalico*) (24).

A moins de relever de l'ordre public international français, les dispositions de droit substantiel français ne sauraient donc être utilement invoquées pour contester la validité d'une convention d'arbitrage — sauf, selon l'arrêt *Uni-Kod* (25), à ce que les parties aient expressément soumis celle-ci au droit français (ce qui devrait être rare).

(24) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP*, 1994.663, note P. Mayer ; *JDI*, 1994.432, note E. Gaillard ; *RTD com.*, 1994.254, note J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *JDI*, 1994.690, note E. Loquin.

(25) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, *Uni-Kod*, *Rev. arb.*, 2005.959, note C. Seraglini ; *RTD com.*, 2004.443, obs. E. Loquin ; *JDI*, 2006.127, note S. Bollée ; *JCP*, 2004 II 10132, note G. Chabot.

## 2°) Droit applicable à la clause d'élection de for

### a) Droit européen (règlement 44/2001)

Le règlement 44/2001 contient des règles spécifiques concernant la validité, en la forme et au fond, des clauses d'élection de for (article 23 du règlement). M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon explique toutefois que, « *s'agissant d'un accord de volonté, la clause attributive de juridiction doit aussi satisfaire aux conditions générales de validité d'un tel accord : par exemple, caractère non vicié du consentement* » (26).

Il a été proposé que les conditions générales de validité de la convention soient soumises à la loi du tribunal désigné par la clause (27) mais, selon M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon, « *une autre voie s'est amorcée* ». La CJCE semble en effet avoir effectué, avec l'arrêt *Denkavit* (28), un « *premier pas vers une autonomie de la clause attributive de juridiction analogue à celle qui existe pour la clause compromissoire* » (29). La CJCE a indiqué, dans cet arrêt, que la clause d'élection de for avait été « *valablement conclue au regard des règles de la Convention* » et qu'elle était « *régie par les dispositions de la Convention* ».

### b) Droit applicable, hors règlement 44/2001

Lorsque le règlement 44/2001 n'a pas vocation à s'appliquer, la question de savoir en vertu de quel droit la validité de la clause d'élection de for doit être contrôlée se pose avec plus d'acuité. Plusieurs solutions sont envisageables : loi du contrat, loi du tribunal saisi, loi du tribunal élu, loi du tribunal dont la compétence est exclue ou règle matérielle (30).

MM. Mayer et Heuzé ont proposé de distinguer entre les questions de *licéité* de la clause, soumises à la loi du tribunal saisi (loi du for) et celles de *validité au fond* (intégrité du consentement par exemple) et d'*interprétation* de la clause, qui seraient

(26) H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 152.

(27) Conclusions de M. l'avocat général Gordon Slynn dans l'affaire *Elefanten Schuh* de 1981 (aff. 150/180).

(28) CJCE, *Francesco Benincasa c. Denkavit Srl*, 3 juillet 1997 (aff. C-296/95), J.-M. Bischoff, *JDI*, 1998.586.

(29) H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, n° 152.

(30) Les accords d'élection de for sont exclus du champ d'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et du règlement Rome I du 17 juin 2008 qui lui a succédé.



soumises à la loi du contrat, la *validité en la forme* étant, quant à elle, déterminée par la règle de conflit alternative de droit commun, qui permet aux parties de suivre, soit les formes de la loi du lieu où l'acte est conclu, soit celles de la loi qui régit l'acte au fond (31). Certains arrêts ont adopté cette solution et considèrent, par exemple, que les questions de validité au fond sont soumises à la loi du contrat (32). D'autres décisions semblent s'orienter vers l'élaboration de règles matérielles définissant directement le régime des clauses d'élection de for, sans recherche de loi applicable (33). M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon a également proposé l'adoption d'une règle matérielle de droit international privé française décidant la validité de la clause dès lors que le consentement des deux parties est certain (34).

Il est, en tout cas, de principe, que les questions de *licéité* doivent être soumises à la loi du for. Comme l'écrit M. Mayer : « *Il serait certainement contraire au Droit international public qu'un Etat prétende régler la compétence des organes d'un autre Etat ; la seule loi qui ait vocation à admettre ou à refuser, dans son principe, une extension ou une restriction conventionnelle de la compétence des tribunaux d'un Etat est la loi de cet Etat. Comme on va supposer qu'un tribunal français est saisi de la demande au fond, la règle essentielle qu'il convient d'énoncer est que la loi française décide seule si une clause peut fonder la compétence des tribunaux français ou au contraire l'écarter* » (35).

En ce qui concerne les questions de *licéité*, la jurisprudence française a posé une règle matérielle, selon laquelle « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* » (arrêt *Compagnie des signaux*) (36). Cette formule

(31) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 301.

(32) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1991, *Rev. crit. DIP*, 1992.340, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2001, *RTD com.*, 2001.1063, note Ph. Delebecque.

(33) M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, n<sup>o</sup> 350.

(34) H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1991, *Rev. crit. DIP*, 1992.340 ; note sous Paris, 10 octobre 1991, *Rev. crit. DIP*, 1991.612.

(35) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 301.

(36) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, *Compagnie des signaux*, in B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 72.

signifie, notamment, que contrairement à la solution du droit interne français (art. 48 CPC), la clause dérogeant à la compétence territoriale est, en matière internationale, opposable aux parties non commerçantes. La règle matérielle posée par l'arrêt *Compagnie des signaux* en matière d'accords d'élection de for est de nature différente, semble-t-il, de celle posée par l'arrêt *Dalico* en matière d'arbitrage international. S'agissant de la convention d'arbitrage, la jurisprudence considère, comme on l'a vu plus haut, que la règle matérielle qu'elle a adoptée s'applique directement à toutes les conventions d'arbitrage internationales, hors de toute référence à un système de conflits de lois. S'agissant des accords d'élection de for, en revanche, la règle matérielle française ou « règle substantielle propre aux relations internationales » ne devrait en principe être appliquée que si « le droit du for a compétence parce que la règle de conflits de lois le désigne » (37). De fait, la Cour de cassation considère que la licéité de la clause d'élection de for est régie par la loi du for. (38)

La prohibition des engagements contractés sous une condition purement potestative de la part du débiteur, édictée à l'article 1174 du Code civil, soulève-t-elle une question de *validité au fond* ou un problème de *licéité* de la convention de résolution de litiges optionnelle ? Sauf à considérer que l'article 1174 du Code civil constitue une loi de police et ait toujours vocation à s'appliquer, il ne pourra être invoqué, dans le premier cas, que si le contrat contenant la clause d'élection de for est soumis à la loi française, alors que dans le second, il ne sera applicable que si un tribunal étatique français est saisi en vertu de ladite clause. A notre sens, la prohibition des conditions purement potestatives concerne la validité au fond de l'engagement du débiteur de l'obligation : « une telle condition contredit l'idée même d'engagement ». (39) Elle ne concerne pas, directement, la question de la licéité de la répartition des compétences entre juridictions étatiques.

Plusieurs règles de sources diverses ayant vocation à traiter du problème de la validité des clauses de résolution de litiges optionnelles, la question se pose de savoir comment organiser leur interaction. C'est ce que nous étudierons (D) après avoir examiné le régime des clauses optionnelles, tant au regard des règles françaises

(37) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n° 19.

(38) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1991, *Rev. crit DIP*, 1992.340, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2001, *RTD com.*, 2001.1063, note Ph. Delebecque.

(39) J.-J. Taisne, *J.-Cl. Civil*, Art. 1168 à 1174, Fasc. 40 à 43, n° 25.

et communautaires en matière de compétence internationale et d'effets des jugements étrangers (B) qu'au regard des règles du droit français de l'arbitrage international (C).

**B) Régime applicable selon les règles françaises et communautaires en matière de compétence internationale et d'effets des jugements étrangers**

**1°) Règles de droit européen (règlement 44/2001)**

Le règlement 44/2001 est très libéral et permet expressément aux parties de convenir de clauses d'élection de for optionnelles (40). Aux termes de l'article 23-1° du règlement, en effet, lorsque l'une des parties au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat communautaire et que la convention attributive de juridiction donne compétence à un tribunal ou aux tribunaux d'un Etat communautaire, cette compétence n'est exclusive que si les parties n'en sont pas convenues autrement (« *sauf convention contraire des parties* »). En d'autres termes, les parties peuvent valablement insérer des clauses d'élection de for optionnelles dans leurs accords. Par ailleurs, la validité de l'option de compétence ne saurait être remise en cause par la loi française, même à supposer applicable au contrat : « *lorsque l'article 23 est applicable, il prime sur toute loi nationale qu'un Etat membre de l'Union Européenne lié par le règlement a promulgué relativement au même sujet, même si cette loi nationale est d'ordre public* » (41).

Le règlement ne distingue pas entre les clauses d'élection de for optionnelles unilatérales, bilatérales ou multilatérales et l'on peut donc considérer que ces différents types de clauses sont valables en droit européen. Néanmoins, une clause qui permettrait à une partie de soumettre le litige à n'importe quel tribunal de son choix (c'est-à-dire un choix illimité) ne serait probablement pas considérée comme attributive de compétence au sens du règlement (42).

(40) H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 153.

(41) U. Magnus et P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, p. 376, n° 14.

(42) En ce sens, v. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 132 : « *Il faut quand même que la clause désigne directement ou permette indirectement de désigner le ou les tribunaux compétents : ainsi, une clause abandonnant à une partie le choix de n'importe quelle juridiction ne relève pas de l'article 17 (C) ou 23 (R)* ». V. également obs. A. Huet sous Paris, 5 juillet 1989, *JDI*, 1990.152.

**2°) Règles de droit français relatives à la compétence internationale et l'effet des jugements étrangers**

Hors champ d'application du règlement 44/2001, la question se pose de savoir si, à supposer que la loi française soit applicable en ce qui concerne la *validité au fond* (cf. *supra*, II (A), 2° b)), une clause d'élection de for optionnelle pourrait être considérée comme dépourvue de tout effet en application de dispositions de droit matériel français telles que l'article 1174 du Code civil français, qui prohibe les obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur.

A le supposer applicable, l'article 1174 du Code civil ne saurait, selon nous, remettre en cause la validité de l'option de compétence. Dans les conventions de résolution de litiges, chaque partie est créancière et débitrice de droits et obligations réciproques : procéder, soit devant le seul tribunal convenu lors de la conclusion du contrat, soit devant l'un des tribunaux choisi par le bénéficiaire de l'option. Ainsi, le cocontractant du bénéficiaire aura le droit et l'obligation de procéder devant le tribunal choisi par ce dernier ; de même, le bénéficiaire a le droit mais également l'obligation, une fois qu'il a exercé son option (clause à option simple) ou s'il s'est abstenu de l'exercer (clause à option exceptionnelle), de soumettre le litige au tribunal choisi. Par conséquent, l'option de compétence fait dépendre, non pas seulement l'existence d'une *obligation*, mais l'existence de la *convention* de résolution de litiges, de la décision du bénéficiaire de l'option.

Cependant, le bénéficiaire de l'option n'échappe pas à toute obligation : à l'instar des obligations alternatives (43), que la jurisprudence ne tient pas pour contraires à la prohibition édictée par l'article 1174 du Code civil (44), le bénéficiaire de l'option est tenu d'exécuter son obligation, d'une manière ou d'une autre : procéder devant l'un ou l'autre des tribunaux nommément désignés par la clause.

De surcroît, la condition n'est purement potestative que si elle fait dépendre l'existence de l'obligation d'un événement futur

(43) Cf. art. 1189 à 1196 du Code civil.

(44) Cass. com., 7 déc. 2004, *D.*, 2005. 2392, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.*, 2005.782, obs. Mestre et Fages (l'obligation du transporteur d'acheminer la marchandise par air ou par route est une obligation alternative) ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 2006, *Bull. civ.*, I, n° 239 ; *D.*, 2006. IR. 1482 ; *Deffrénois*, 2006.1220, obs. Libchaber ; *RTD civ.*, 2006.556, obs. Mestre et Fages ; Paris, 28 mai 1974, *D.*, 1974.685, concl. Cabannes (engagement de payer contracté sous une forme alternative).

qu'il est au *seul pouvoir* du débiteur de faire arriver ou d'empêcher (45). Lorsque l'existence de l'obligation dépend d'une décision que le débiteur doit prendre, les tribunaux recherchent si cette décision est à son entière discrétion. Si l'appréciation de l'opportunité de la décision à prendre est susceptible d'un « *contrôle judiciaire* », à partir de « *données objectives* », au niveau de l'exécution, la condition ne sera pas considérée comme potestative (46) : « *elle ne le sera que si le débiteur peut se déterminer sans que l'on puisse contrôler ou vérifier ses appréciations* » (47).

Or, dans une clause optionnelle, l'existence de l'obligation de procéder devant le tribunal choisi par le bénéficiaire de l'option ne dépend pas *exclusivement* de la volonté de ce dernier. En effet, l'existence de cette obligation suppose, outre qu'un litige survienne entre les parties et qu'il relève du champ d'application matériel de la clause, que le tribunal choisi par le bénéficiaire de l'option figure au nombre de ceux nommément désignés, d'un commun accord, par ladite clause. A moins que celle-ci prétende permettre au bénéficiaire de l'option de choisir n'importe quel tribunal arbitral ou étatique dans le monde (seul cas où ce type de clause a été jugé nulle) (48), le choix du tribunal compétent est objectivement limité et ne dépend pas exclusivement de la volonté du bénéficiaire de l'option. L'exercice du droit d'option est susceptible d'un « *contrôle judiciaire* » au sens de la jurisprudence précitée. Par conséquent, sous réserve d'offrir un choix

(45) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., n° 1218, p. 1131.

(46) J.-J. Taisne, *J.-Cl. civil*, Art. 1168 à 1174, Fasc. 40 à 43, n° 41 et s. Ainsi, seront considérées comme potestatives : la condition posée par un acheteur pouvant « *par une appréciation subjective et unilatérale* » refuser en cours d'exécution de tenir ses engagements (Cass. com., 28 juin 1965, *Bull. civ.*, III n° 405) ; la condition d'obtention de renseignements tenus pour « *satisfaisants* » sur la personne du futur locataire (Paris, 8<sup>e</sup> Ch. A., 14 mai 1987 : *Juris-Data*, n° 1987-023004). En revanche, la condition n'a pas été considérée comme potestative dans les cas suivants : la condition « *si telle fabrication est rentable* » (Cass. com., 18 déc. 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 662) ; l'appréciation par un assureur-crédit de la situation de solvabilité des clients de son assuré (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, 1, pan. jurispr. p. 11).

(47) Ghestin, *D.*, 1973, jurispr. p. 296 ; J.-J. Taisne, *J.-Cl. civil*, Art. 1168 à 1174, Fasc. 40 à 43, n° 41 et s.

(48) Cass. com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-19.877 (non publié au *Bulletin*) ; Aix-en-Provence, 11 octobre 1988, RG n° 88-3806 ; Paris, 5 juillet 1989, *JDI*, 1990.152 ; Rennes, 26 septembre 1990, *DMF*, 1993.309 ; Cour d'appel de Rouen, 17 janvier 1991, *DMF*, 1992.136.

limité, cette clause ne paraît pas contraire à l'article 1174 du Code civil, car outre qu'elle ne permet ni au bénéficiaire de l'option ni à son cocontractant d'échapper à toute obligation, elle ne fait pas dépendre la compétence en cas de litige de la seule volonté du bénéficiaire de l'option.

La clause d'élection de for optionnelle ne devrait pas non plus poser de problèmes particuliers de *licéité*, lorsqu'un tribunal étatique français est saisi. En effet, comme on l'a vu plus haut, la jurisprudence française a posé une règle matérielle « validante » (49), selon laquelle « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française* » (50).

Les tribunaux français ont ainsi accepté, hors champ d'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et du règlement 44/2001, de donner effet à des clauses d'élection de for optionnelles bilatérales. Dans une affaire opposant des parties domiciliées, l'une à l'Île Maurice, l'autre au Liechtenstein, la Cour d'appel de Paris a considéré que le Tribunal de commerce de Paris était compétent en vertu d'une clause rédigée de la manière suivante : « *les tribunaux de commerce de Vaduz ou Paris sont seuls compétents en cas de contestation quelconque* ». La Cour a considéré que, contrairement à ce qu'affirmait le défendeur, cette clause ne comportait « aucune ambiguïté » et offrait « au demandeur au procès un choix de juridiction (Vaduz ou Paris) » (51). Aussi, elle était valable au regard de la loi française, « loi du tribunal saisi », la Cour ajoutant « qu'au surplus », elle n'était pas contraire à la loi mauricienne (loi du tribunal exclu). M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon a approuvé la décision de la Cour en ce qui concerne la licéité de l'option de compétence, dans les termes suivants : « ... que la clause ait désigné au choix le Tribunal de commerce de Vaduz ou celui de Paris n'était pas un obstacle : il est parfaitement admissible que la clause ouvre une option au profit du demandeur, et il n'y a pas nécessairement désignation d'un tribunal unique ».

(49) M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, n° 348.

(50) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, *Compagnie des signaux*, B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., n° 72.

(51) Paris, 10 oct. 1990, *D.*, 1990, IR p. 274 ; *Rev. crit. DIP*, 1991.605, note H. Gaudemet-Tallon.

Plus généralement, le droit français n'est pas opposé à l'option de compétence bilatérale, puisqu'il l'a lui-même expressément autorisée dans un certain nombre de cas : ainsi, de l'option accordée au demandeur en matière contractuelle et délictuelle ou quasi-délictuelle (52), ou lorsqu'il y a plusieurs défendeurs (53).

De même, le Code de procédure civile français permet aux parties à un procès, de mettre en cause un tiers devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans que celui-ci puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction en invoquant une clause d'élection de for (54). La partie au contrat contenant une clause d'élection de for, qui souhaite former une demande en garantie à l'encontre de son cocontractant, dispose donc toujours d'une option de compétence dans un tel cas (action en garantie devant le tribunal saisi de la demande originaire ou devant celui désigné par la clause d'élection de for).

La validité des clauses d'élection de for optionnelles *unilatérales* paraît, en revanche, plus incertaine en droit français. La Cour de cassation a en effet jugé, dans une affaire où la clause d'un connaissance stipulait que les litiges seraient soumis au « tribunal compétent de Rio de Janeiro... à moins que le transporteur ait recours à une autre juridiction » (55), que dans la mesure où ladite clause « ne conférait pas une compétence exclusive à la juridiction désignée et laissait à une des parties le choix d'un autre tribunal », c'était à bon droit que la Cour d'appel avait dit qu'elle devait être réputée non écrite (56). Le motif de l'arrêt de

(52) Art. 46 CPC.

(53) S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux (art. 42 CPC).

(54) Art. 333 CPC. Cet article est inapplicable lorsque l'appelé en garantie invoque une clause compromissoire (Cass. com., 8 novembre 1982, *Rev. arb.*, 1983.177, note J. Rubellin-Devichi ; *JDI*, 1983.151, note J. Buhart ; *Gaz. Pal.*, 1983. I, pan. 99, obs. S. Guinchard.). Il est également inapplicable à l'ordre international (Cass. com., 30 mars 1993, *Rev. crit. DIP*, 1993.680, note H. Gaudemet-Tallon *JCP*, 1993. II. 22182, note Ph. Guez ; *ibid.* I. 3723, n° 7, obs. L. Cadiet), sous réserve, néanmoins, que l'appelé en garantie puisse effectivement se prévaloir d'une clause attributive de compétence (ou d'une clause compromissoire) dans ses rapports avec le bénéficiaire de la garantie (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, *Bull. civ.*, I n° 129 ; *Procédures*, 2004. Comm. 146, note R. Perrot ; *Procédures*, 2004. Comm. 263, note H. Croze ; *Dr. et patrimoine*, nov. 2004, p. 103, obs. P. Mousseron ; *LPA*, 3 décembre 2004, p. 14, note G. Chabot).

(55) V. Aix-en-Provence, 11 octobre 1988, RG n° 88-3806.

(56) Cass. com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-19.877.

la Cour de cassation (non publié au *Bulletin*) est très général et laisse à penser que pour la haute Cour, les clauses d'élection de for optionnelles unilatérales sont, par principe, illicites en droit judiciaire privé français (57). Il convient néanmoins de remarquer que dans cette affaire, la clause était excessive, puisqu'elle prétendait permettre au transporteur d'imposer à son cocontractant, la compétence de n'importe quel tribunal de son choix à travers le monde (58).

En revanche, la jurisprudence admet, sous certaines limites, qu'une seule partie puisse exercer une option entre le tribunal désigné par la clause et d'autres tribunaux : ainsi, lorsqu'une clause d'élection de for a été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, celle-ci a la faculté d'y renoncer et de saisir un autre tribunal étatique que celui prévu par la clause (59). Certes l'option est, en ce cas, limitée : celui au bénéfice duquel la clause a été stipulée n'a le choix qu'entre le tribunal désigné par la clause et le tribunal ou les tribunaux normalement compétents en vertu des règles de droit commun. Mais l'option est bel et bien unilatérale et valable (60).

De même, la loi française admet, dans au moins un cas, qu'une seule partie puisse exercer une option entre le tribunal étatique désigné par la clause et un autre tribunal étatique : l'article 111 du Code civil dispose, en effet, que lorsqu'un acte contient, de la part des parties « *ou de l'une d'elles* », élection de

(57) Bien qu'en l'espèce, le litige opposait un transporteur brésilien à un assureur suisse, la Convention de Lugano de 1988 n'était pas applicable, car la procédure avait été commencée avant l'entrée en vigueur de cette Convention.

(58) V. aussi, invalidant ce type de clauses : Paris, 5 juillet 1989, *JDI*, 1990.152, obs. A. Huet ; Rouen, 17 janvier 1991, *DMF*, 1992.136 ; Rennes, 26 septembre 1990, *DMF*, 1993.309 ; Rouen, 8 décembre 1994, RG n° 9301131.

(59) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *Bull. civ.*, II, n° 78 ; *Gaz. Pal.*, 1981. 2. 421, note Viate ; *D.*, 1982. IR. 156, obs. Julien. V. également Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 4 déc. 1990, *Rev. crit. DIP*, 1991.613, note H. Gaudemet-Tallon, faisant application de l'article 17 al. 5 de la Convention de Bruxelles de 1968, qui dispose que « *si la convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente Convention* » (v. aussi CJCE, *Anterist*, 24 juin 1986, aff. 22/85, *Rev. crit. DIP*, 1987.136, note H. Gaudemet-Tallon, indiquant à quelles conditions une clause peut être considérée comme ayant été stipulée à « *l'avantage exclusif* » d'une partie). L'alinéa 5 de l'article 17 n'a pas été repris par le règlement 44/2001.

(60) Le droit anglais admet quant à lui sans difficulté la validité des clauses d'élection de for optionnelles unilatérales : cf. *Continental Bank v Aegeos Naviera SA* [1994] 1 W.L.R. 558 (CA), *Banque Cantonale Vaudoise v Waterlily Maritime Inc.* [1997] 2 Lloyd's Rep. 347.



domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel. les demandes relatives à cet acte « pourront » être portées devant le juge de ce domicile. Ainsi, l'élection de domicile vaut attribution de compétence au juge du lieu du domicile élu du défendeur (la compétence du juge du domicile réel étant en principe exclue) (61) mais ne fait pas obstacle à la compétence concurrente d'autres juridictions (62) (par exemple, celles du lieu de la livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service en application de l'article 46 du Code de procédure civile). L'option est unilatérale : elle ne bénéficie qu'à une seule partie, le cocontractant de celui qui a fait élection de domicile.

Le droit français confère également une option unilatérale à l'assuré en matière « d'assurances contre les accidents de toute nature » (63) et au salarié en matière de contrat de travail (64).

(61) Si l'élection de domicile a été stipulée dans l'intérêt d'une seule partie, celle-ci devrait néanmoins disposer de la faculté d'y renoncer et de porter sa demande devant le tribunal du lieu du domicile réel de l'autre partie. V., s'agissant d'une notification au lieu du domicile élu : Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 octobre 1978, *Bull. civ.*, III, n° 316.

(62) En ce sens, v. notamment B. Petit, *J.-Cl. civil*, Art. 102 à 111, Fasc. 20, n° 84. V. également E. Bertrand, « Portée pratique des clauses d'élection de domicile en droit judiciaire français », *RDAL*, 1996, n° 1, p. 3. Le principe est que « le domicile élu n'a pas plus de portée que le domicile général » (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., 1952, t. 1, par R. Savatier, n° 170). La jurisprudence considère ainsi que le domicile élu, s'il a, en ce qui touche la compétence, les effets du domicile réel, ne peut avoir d'effet plus grand que lui (v. Trib. civ. Marmande, 17 juin 1905, cité avec Cass. Req., 10 juin 1907, *DP*, 1908, I, p. 342).

(63) Dans les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités d'assurance, le défendeur doit être assigné devant le tribunal du domicile de l'assuré « de quelque espèce d'assurance qu'il s'agisse, sauf en matière d'immeubles ou de meubles par nature, auquel cas le défendeur est assigné devant le tribunal de la situation des objets assurés » (art. R-114-1 al. 1<sup>er</sup> du Code des assurances). Toutefois, « s'il s'agit d'assurances contre les accidents de toute nature », l'assuré (et lui seul) dispose de la faculté d'assigner l'assureur « devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable » (art. R. 114-1 al. 2 du Code des assurances).

(64) En matière de contrat de travail, le salarié et l'employeur ne peuvent en principe saisir, que le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail (ou lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié). Cependant, le salarié (et lui seul) dispose, de surcroît, de la possibilité de saisir le conseil de prud'hommes « du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi » (art. R. 1412-1 du Code du travail).

### C) Régime applicable selon les règles du droit français de l'arbitrage international

Le régime des clauses optionnelles en droit français de l'arbitrage international soulève également des problématiques distinctes selon que la clause est unilatérale (2<sup>o</sup>) ou bilatérale ou multilatérale (1<sup>o</sup>).

#### 1<sup>o</sup>) Clauses bilatérales et multilatérales

La validité des clauses optionnelles bilatérales ne devrait pas poser de difficulté du point de vue des règles du droit français de l'arbitrage international. Ces clauses ne sont, à notre sens, pas contraires au principe d'égalité (65), érigé en principe d'ordre public international par l'arrêt *Dutco* (66), puisque chaque partie est susceptible de bénéficier de l'option.

S'agissant de la désignation d'arbitres, la Cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'une clause compromissoire permettant au demandeur à l'arbitrage de soumettre le différend à un arbitre unique choisi « à son gré » parmi une liste de trois personnalités nommément désignées par la clause, n'était pas contraire au principe d'égalité (67). De même, la Cour d'appel de Lyon a jugé que les modalités de désignation de l'arbitre contenues dans une clause compromissoire et acceptées en toute connaissance de cause par les signataires, respectent le principe d'égalité des parties dès lors qu'elles laissent le choix de l'arbitre à la « partie demanderesse en arbitrage » laquelle peut être l'une ou l'autre d'entre elles (68) (on remarquera néanmoins que dans tous ces cas, le choix laissé au demandeur était limité par la clause, qui prévoyait une liste d'arbitres susceptibles d'être désignés).

(65) V., s'interrogeant sur la validité des clauses de résolution de litiges optionnelles au regard du principe d'égalité, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. E. Gaillard et J. Savage, Kluwer Law International, 1999, n<sup>o</sup> 488 : « *Certain dispute resolution clauses purport to give one party the option to choose between having disputes resolved by arbitration or by the courts. This clause is not uncommon in banking contracts, for example. The resulting lack of equality between the parties raises the issue of the validity of such an arrangement. French law has held such agreements to be valid...* ».

(66) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, *Dutco*, 7 janvier 1992, *Rev. arb.*, 1992.470 note P. Bellet. V. aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1999, *Bull. civ.*, I n<sup>o</sup> 190, *Rev. arb.*, 2000.116, note E. Loquin.

(67) Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, *Sté Electricité Nord-Ouest*, *Rev. arb.*, 2000.313-315.

(68) Lyon, *Ouzille c/ Bouygues*, 13 février 2003, RG n<sup>o</sup> 2001/05347.

En outre, les tribunaux français acceptent de donner effet aux clauses prévoyant que les parties doivent se mettre d'accord, une fois le litige né, sur la désignation d'un arbitre commun et qu'à défaut d'accord, le litige sera soumis à un tribunal étatique. Or, ce genre de clause offre une option de compétence à chaque partie puisqu'il suffit pour chacune d'elles, de refuser — de manière discrétionnaire — de se mettre d'accord avec son cocontractant sur le nom de l'arbitre commun, pour échapper à la compétence de ce dernier et soumettre le litige à un tribunal étatique. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que lorsque des parties s'étaient entendues pour soumettre leurs litiges à l'arbitrage, à la condition que l'arbitre fut agréé par chacune d'elles, et assuré de leur confiance, si l'une d'elles n'a accepté l'arbitrage que sous réserve de l'accord commun sur le choix de l'arbitre unique à désigner, elle n'a pas renoncé pour cela au privilège de juridiction qu'elle tenait de l'article 14 du Code civil : elle peut donc saisir la juridiction française (69). Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, plus récent, que de telles clauses ne sauraient, à tout le moins, être considérées comme manifestement nulles ou inapplicables (70).

Enfin, la jurisprudence ne considère pas comme manifestement nulle ou inapplicable la clause compromissoire faisant référence à deux institutions d'arbitrage différentes (71). Selon M. Train, il ne serait en effet « *pas inconcevable* » qu'une telle clause soit interprétée comme permettant au demandeur de commencer une procédure d'arbitrage devant l'institution de son choix (72). De fait, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a admis, en 1993 (après l'arrêt *Dutco*), qu'une clause compromissoire pouvait être interprétée comme offrant le choix à « *la partie la plus diligente* » de saisir, « *sans avoir obtenu l'accord de l'autre partie* », une des deux institutions d'arbitrage désignées par le contrat (73). De même, n'est pas

(69) Paris, 22 janvier 1957, *Sté Carthian c/ Sté Wildenstein New York*, *Gaz. Pal.*, 1957.249. V. également Paris, 14 novembre 1975, *Rev. arb.*, 1977.28, note Ph. Fouchard, *JDI*, 1976.429, note E. Loquin et sur pourvoi, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 1977, *Bull. civ.*, I, n° 199.

(70) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 2009, pourvoi n° 08-17.548, en somm. in *Rev. arb.*, 2009.435.

(71) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Rev. arb.*, 2007.775, note F.-X. Train.

(72) Note F.-X. Train sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, précité.

(73) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 1993, *Bull. civ.*, II, n° 235, *Rev. arb.*, 1994.95, note Y. Paclot ; *Petites Affiches*, 22 février 1995, n° 23, p. 4, n° 8, obs. P.-A. Gélinas.

manifestement nulle ou inapplicable la clause prévoyant qu'en l'absence d'accord des parties sur la désignation d'un arbitre unique, un arbitrage aura lieu selon le règlement d'une institution d'arbitrage nommément désignée (74). Ici encore, chaque partie dispose d'un choix dans le règlement du litige.

Les clauses de résolution de litiges optionnelles bilatérales paraissent donc valables. Mais est-ce le cas de toutes les clauses, tant à option « exceptionnelle » qu'à option « simple » ? Obstacle potentiel à la validité de certaines clauses à option exceptionnelle (qu'elles soient unilatérales, bilatérales ou multilatérales) : la jurisprudence française considère que, pour être valable, la renonciation à une clause d'arbitrage doit émaner de « toutes les parties » (75). Aussi, la question se pose de savoir s'il est possible de donner effet, notamment, à la clause à option exceptionnelle, « deuxième variante » (cf. *supra*, titre I (A)), c'est-à-dire à la clause d'arbitrage avec possibilité d'opter pour un tribunal étatique. A notre sens, la règle selon laquelle la renonciation doit émaner de toutes les parties signifie seulement, dans notre cas, que sauf convention contraire, une clause compromissoire ne saurait être considérée comme ayant été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une seule partie, qui pourrait unilatéralement y renoncer et saisir, contre l'avis de son cocontractant, un tribunal étatique. En revanche, si la convention de résolution de litiges stipule expressément le droit pour l'une des parties de soustraire le litige à l'arbitrage, son cocontractant a bien renoncé à l'arbitrage pour le cas où le bénéficiaire exercerait son option.

## 2°) Clauses unilatérales

La clause optionnelle unilatérale est-elle valable du point de vue des règles du droit français de l'arbitrage international ? La loi française ne paraît pas considérer comme abusives, certaines clauses de résolution de litiges optionnelles unilatérales : celles par lesquelles le consommateur se voit offrir le choix de porter

(74) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, *Painewebber*, Bull. civ., I, n° 97, *Rev. arb.*, 2005.115, note X. Boucobza ; *D.*, 2004.2458, note I. Najjar ; *RTD com.*, 2004.447, note E. Loquin.

(75) Paris, 1<sup>re</sup> Ch. G, 17 octobre 2001, *Sté Amidis c/ Fallecker*, RG n° 2000/08447, rendu sur renvoi après cassation, qui juge que « pour être valable, la renonciation à la clause d'arbitrage doit émaner de toutes les parties, même si elle peut s'induire de manifestations unilatérales de volonté et notamment de la saisine des tribunaux étatiques, à la condition qu'il s'agisse d'une demande au fond qui aurait dû être soumise à l'arbitrage ».

son action à l'encontre du professionnel soit devant un tribunal étatique, soit devant un tribunal arbitral. La liste non exhaustive de clauses pouvant être considérées comme abusives, annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation (76) (liste dite « grise » de clauses présumées abusives, sauf au professionnel à prouver qu'elles n'entraînent pas à son profit de « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations) (77), inclut en effet celles obligeant le consommateur à saisir « exclusivement » une juridiction d'arbitrage mais non pas celles permettant au consommateur de saisir un tribunal étatique ou arbitral (78).

Les clauses optionnelles unilatérales sont-elles néanmoins conformes au principe d'égalité consacré par l'arrêt *Dutco* ? Il n'est pas inintéressant de noter que l'égalité des armes a été définie dans la jurisprudence européenne, non comme l'obligation d'accorder exactement les mêmes droits à chaque partie, mais comme celle d'offrir « à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (79). En l'état, le juge français considère que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas directement applicable devant l'arbitre (80) ; il pourrait néanmoins s'inspirer de cette jurisprudence européenne. Ainsi, la clause optionnelle serait contraire au principe d'égalité si elle prétendait offrir à son bénéficiaire, la faculté de saisir n'importe quel tribunal arbitral ou étatique de son choix à travers le monde, ou lui offrait trop de choix. En revanche, si la clause offrait un choix

(76) Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009.

(77) V. N. Sauphanor-Brouillaud, « La clause compromissoire abusive », *Peites Affiches*, 20 juillet 2009, p. 14. V. également E. Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. com. fr. DIP*, 2004-2006, Pedone, p. 135.

(78) Sur le pouvoir d'appréciation d'office, par le juge national, du caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. v. CJCE, *Asturcom*, 6 octobre 2009, *Rev. arb.*, 2009.813, note Ch. Jarrosson.

(79) CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Veer BV c/ Pays-Bas*, série A n° 274.

(80) V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, *Cubic*, *Rev. arb.*, 2001.511, note Th. Clay. V. cependant l'arrêt rendu par la CEDH, 3 avril 2008, *Regent Company* (*Rev. arb.*, 2009.797, note J.-B. Racine), qui « à première lecture, rend applicable à l'arbitrage les dispositions de l'article 6-1<sup>er</sup> CEDH », étant observé que « plusieurs circonstances rendent néanmoins difficile l'interprétation de cet arrêt » (note J.-B. Racine, précitée). V. également Ch. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989.573 et A. Mourre « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2002.22.

limité au bénéficiaire de l'option, on ne saurait considérer qu'il y a atteinte au principe d'égalité. En effet, l'option conférée au bénéficiaire de la clause ne constitue pas, dans un tel cas, un « *net désavantage* » pour son adversaire.

La Cour d'appel d'Angers et la Cour de cassation ont ainsi admis, dans une affaire *Sicaly*, de donner effet à une clause de résolution de litiges optionnelle unilatérale. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat pour l'installation d'un procédé industriel de lyophilisation conclu entre une société française et une société néerlandaise, soumis au droit néerlandais, dont les conditions générales contenaient une clause à option simple unilatérale en vertu de laquelle il incombait à la seule société néerlandaise de décider, en cas de litige, de soumettre celui-ci soit à un tribunal étatique néerlandais, soit à un tribunal arbitral (et ce, que la société néerlandaise soit demanderesse ou défenderesse) (81). La société française avait saisi le tribunal de commerce de Saumur d'une demande en dommages-intérêts. Elle prétendait qu'elle ne pouvait être considérée comme ayant renoncé au privilège de juridiction prévu par l'article 14 du Code civil (82) et que le tribunal français était compétent car selon elle la clause compromissoire, invoquée par la société néerlandaise, était nulle en raison non seulement de ce qu'il y avait « *faculté de choix entre le tribunal arbitral et le juge ordinaire et, par conséquent, absence de la volonté de faire juger par un arbitre* » mais également de ce que cette faculté de choix appartenait à la seule société néerlandaise.

Rejetant le contredit formé à l'encontre de la décision du Tribunal de commerce, qui s'était déclaré incompétent, la Cour d'appel d'Angers a jugé, notamment, « *qu'une telle clause permettant l'option n'est pas contraire à l'ordre public des deux nations intéressées, ni aux conventions internationales, spécialement à la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 22 avril 1961 ; qu'elle fait la loi des contractants au regard de la législation des deux pays en cause, quand même elle*

(81) La clause prévoyait également qu'« *au cas où un différend ne serait considéré comme tel que par l'acheteur* » le vendeur disposerait d'un délai de 8 jours pour décider si l'acheteur devait soumettre sa demande au tribunal néerlandais ou au tribunal arbitral nommément désignés par la clause. A défaut d'exercice de l'option dans un tel délai, l'acheteur devenait alors « *libre de choisir lui-même* ».

(82) La Convention de Bruxelles de 1968 n'était pas applicable en la cause, car la procédure avait été initiée avant son entrée en vigueur en France.

laisse l'option à une seule des deux parties » et qu'en acceptant une telle option au profit de son cocontractant, l'acheteur français avait implicitement renoncé au privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil (83).

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt au motif que la Cour d'appel avait pu, « par une appréciation souveraine de la volonté des parties », estimer que la clause de résolution de litiges optionnelle avait « entendu donner compétence soit à la juridiction étatique néerlandaise, soit à un tribunal arbitral néerlandais » et que dès lors il s'ensuivait que « la juridiction française saisie était de toute manière incompétente » (84). La Haute Cour a donc admis qu'une clause de résolution de litiges optionnelle unilatérale puisse produire effet et, en particulier, valoir renonciation à l'article 14 du Code civil (85).

La Cour d'appel de Paris accepte également de donner effet à la clause « *fork in the road* » unilatérale. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, la validité des clauses « *fork in the road* » des traités bilatéraux d'investissement, qui permettent au seul investisseur de choisir le tribunal compétent, ne saurait — si le traité a été signé avec la France — être contrôlée au regard de la loi française, conformément au principe de supériorité du traité sur la loi. Lorsque le traité implique deux Etats étrangers, le juge français accepte de donner effet à la clause, sous la seule réserve que le consentement des parties au mode de règlement des litiges prévu par le traité soit démontré. En effet, « *l'arbitrage international, qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a un fondement nécessairement conventionnel. Il relève à ce titre exclusivement de*

(83) Angers, 25 septembre 1972, *Sicaly, Rev. arb.*, 1973.164, note J. Rubellin-Devichi.

(84) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1974, *Sicaly, Bull. civ.*, I, n° 122.

(85) Un mois après l'affaire *Dutco*, la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, en présence d'une clause compromissoire ouvrant à titre d'option pour le seul vendeur, le droit pour celui-ci de déterminer quelle serait la juridiction arbitrale compétente en cas de litige, avait rejeté le recours en annulation formé à l'encontre de la sentence (cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 février 1992, *Sté Peter Biegi c/ Sté Britania, Bull. civ.*, I, n° 48 ; *Rev. arb.*, 1993.103, note J.-H. Moitry). Il est néanmoins difficile de tirer de cet arrêt, un enseignement pour notre sujet. En effet, le recourant contestait seulement que le document contenant la clause compromissoire lui était opposable et non la validité de la clause compromissoire. Aucun débat n'a eu lieu sur ce point. Par conséquent, même si la Cour de cassation avait estimé que la clause portait atteinte au principe d'égalité, il est peu probable qu'elle se serait reconnue le pouvoir de le soulever d'office.

la volonté commune des parties laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant son pouvoir juridictionnel. En application de ces principes généraux de l'arbitrage international, la validité de la clause compromissoire est toujours subordonnée à la double condition qu'elle ait été connue par la partie à laquelle on l'oppose et acceptée, fût-ce implicitement, de celle-ci au moment de la conclusion du contrat » (86). Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé en 2008, dans l'affaire *Nreka*, où l'investisseur avait saisi le tribunal arbitral désigné par la clause « *fork in the road* » d'un traité bilatéral signé entre la République tchèque et la Croatie, que le consentement à l'arbitrage résultait, dans un tel cas, de l'acceptation par l'investisseur de l'offre d'arbitrer de l'Etat hôte de l'investissement (87). La Cour a reconnu l'efficacité de la clause en application du mécanisme du consentement dissocié, sans se soucier du fait qu'elle présentait un caractère unilatéral.

Le débat sur le point de savoir si les clauses unilatérales sont conformes, ou non, au principe d'égalité n'est pas sans rappeler celui qui a eu lieu, en Angleterre, à propos de ces mêmes clauses. En droit anglais, une clause d'arbitrage n'est valable que si, notamment, elle ne se heurte pas au principe dit de « mutualité » (88). Aussi, l'on considérait, jusqu'au milieu des années 80 que, pour être valable, la clause d'arbitrage devait permettre à chaque partie de soumettre le litige au tribunal arbitral. Néanmoins, la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles a

(86) Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Romania Air Transport c/ The Levant Shipping Company*, *Rev. arb.*, 2000.493 et l'art. de M<sup>me</sup> B. Stern « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *ibid.*, p. 403 ; *RTD com.*, 1999.659, obs. E. Loquin ; *JDI*, 2000.370, note E. Loquin. La Cour d'appel de Paris a refusé, dans cette affaire, de donner effet à la clause d'un traité signé entre le Liban et la Roumanie, qui prétendait priver les parties de toute liberté quant au choix du mécanisme de règlement des litiges et prévoyait que les différends entre personnes morales de la République Socialiste de Roumanie et les personnes physiques ou morales de la République Libanaise seraient résolus définitivement par un arbitrage CCI. La Cour d'appel a considéré que, « à supposer même que cette clause d'arbitrage ait été obligatoire », il restait que, n'étant pas reproduite au contrat et aucun élément ne permettant de supposer que l'intéressé aurait pu s'y référer d'une manière implicite lors de la souscription du contrat, elle n'avait pu, « en l'absence de tout consentement », fonder « à aucun titre » la compétence de l'organisme d'arbitrage « dont le règlement impose, conformément aux principes fondamentaux de l'arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage pour justifier son investiture ».

(87) Paris, *République tchèque c/ Nreka*, 25 septembre 2008, *Rev. arb.*, 2009.337, note I. Fadlallah ; *D.*, 2009.917, note M. Audit.

(88) *Baron v. Sutherland Corp* (1966) 4 All ER 349.



décidé, en 1986, dans l'affaire *Pittalis* (89), qu'une clause unilatérale ne pouvait être considérée comme contraire au principe de mutualité. Selon la Cour d'appel, dans un tel cas, le fait que l'option ne puisse être exercée que par une seule partie est sans importance, car les deux cocontractants ont donné leur consentement à la convention : il y a donc bien un « accord parfaitement bilatéral », dit la Cour, et aucune atteinte au principe de mutualité. Le juge anglais a considéré que la commune volonté des parties — en l'espèce, des professionnels — devait être respectée. La *High Court* a ensuite confirmé, en 2004 et 2005, que les clauses unilatérales étaient valables en droit anglais et que le contrat pouvait accorder l'option au bénéficiaire non seulement lorsqu'il est en demande mais également lorsqu'il est en défense. Il s'agissait, dans la première affaire (*NB Three Shipping*, 2004) (90), d'une clause à option exceptionnelle « première variante », c'est-à-dire avec faculté d'opter pour l'arbitrage (cf. *supra*) et dans la deuxième affaire (*Law Debenture*, 2005) (91) d'une clause à option exceptionnelle « deuxième variante », c'est-à-dire avec faculté d'opter pour un tribunal étatique (anglais). Les clauses de résolution de litiges optionnelles, insérées dans des contrats entre professionnels sont donc en principe valables en droit anglais, quel que soit leur type (clauses à option « simple » ou « exceptionnelle », unilatérales, bilatérales ou multilatérales).

#### **D) Effets de l'interaction entre les règles du droit français de l'arbitrage international et celles relatives à la compétence internationale et l'effet des jugements étrangers**

Des règles de sources diverses ayant vocation à traiter du problème de la validité des clauses de résolution de litiges optionnelles, la question se pose de savoir comment organiser leur interaction. Plusieurs situations semblent, à cet égard, devoir être distinguées.

*Première situation* : si l'une des parties au moins est domiciliée sur le territoire d'un Etat communautaire et que le bénéficiaire de l'option invoque la clause optionnelle devant un tribunal étatique français afin de lui soumettre une demande, celui-ci est-il tenu, en vertu du règlement 44/2001, de lui donner effet et d'accepter sa compétence ?

(89) *Pittalis* (1986), précité.

(90) *NB Three Shipping* (2004), précité.

(91) *Law Debenture* (2005), précité.

Première observation : l'exclusion, par le règlement 44/2001, de l'arbitrage, ne saurait suffire à faire obstacle à son application dans un tel cas. Selon la CJCE, les Etats européens ont entendu exclure l'arbitrage en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques (92). Ainsi, l'exclusion de l'arbitrage par le règlement s'applique à un litige pendant devant une juridiction étatique communautaire qui a pour objet la désignation d'un arbitre et ce « même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage » (93). En revanche, dès lors que par son objet, c'est-à-dire « par la nature des droits à sauvegarder dans une procédure, telle qu'une demande en dommages-intérêts », le litige entre dans le champ d'application du règlement 44/2001, celui-ci est applicable et « une question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité » (94) entre également dans son champ d'application. Aussi, l'invocation, par le cocontractant du bénéficiaire de l'option, de la convention d'arbitrage afin de s'opposer à la compétence du tribunal étatique saisi, ne saurait suffire à considérer que le litige doit être exclu du champ d'application du règlement.

Deuxième observation : l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement 44/2001 n'est applicable que si la clause désigne « un tribunal ou des tribunaux » d'un Etat communautaire. Aussi, l'article 23-1<sup>o</sup> ne trouve pas à s'appliquer lorsque la clause désigne un tribunal d'un Etat tiers (95). Il ne s'applique pas non plus, naturellement, à une convention d'arbitrage. Doit-on alors considérer que l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement ne saurait permettre à un tribunal étatique communautaire de se reconnaître compétent sur la base d'une clause optionnelle qui désigne à la fois un tribunal étatique

(92) CJCE, 25 juillet 1991, *Rich*, C-190/89, point 18, *JDI*, 1992.488, note A. Huet ; *Rev. arb.*, 1991.677, note D. Hascher ; *Rev. crit. DIP*, 1993.316, note P. Mayer.

(93) CJCE. *Rich*, précité.

(94) CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, C-185/07, point 26, *Rev. arb.*, 2009.407, note S. Bollée ; *D.*, 2009.981, note C. Kessedjian ; *Europe*, 2009, n° 176, obs. L. Idot ; *Rev. crit. DIP*, 2009.373, note H. Muir Watt ; *JCP*, 2009 I 148, n° 30, obs. Ch. Seraglini ; *JCP*, 2009, n° 37, p. 49, note P. Callé et n° 47, p. 38, obs. J. Béguin ; *RTD civ.*, 2009, 357, obs. Ph. Théry ; *Procédures*, 2009, comm. 114, note C. Nourissat ; *JDI*, 2009.1281, note B. Audit ; *D.*, 2009.2390, obs. S. Bollée et p. 2967, obs. T. Clay ; *RTD com.*, 2009, 644, obs. Ph. Delebecque ; *DMF*, 2009.211, obs. R. Carrier.

(95) CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck maritime*, C-387/98, point 19.

communautaire et un tribunal arbitral ? Ainsi, par exemple, la clause à option exceptionnelle « première variante » (cf. *supra*), par laquelle les parties conviennent, en premier lieu, de soumettre leurs litiges à la compétence d'un tribunal étatique, ne bénéficierait pas de la protection édictée par l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement, au seul motif que l'une des parties se serait réservée la faculté de déroger à la clause et de soumettre le litige à un tribunal arbitral. Cela ne reviendrait-il pas alors à ajouter une condition, que le règlement 44/2001 ne prévoit pas, à la validité de la clause (l'absence de possibilité de déroger à la clause en faveur d'un tribunal arbitral) ? La situation serait quelque peu paradoxale, puisque, s'agissant des clauses d'élection de for optionnelles, le règlement reconnaît expressément leur validité. Il y a fort à parier que la Cour de justice de l'Union européenne (la CJUE), qui succède à la CJCE (96), n'acceptera pas de considérer que le tribunal étatique communautaire est incompétent dans un tel cas et ce, pour au moins deux raisons : (i) ainsi qu'on a pu le constater, notamment, dans l'affaire *West Tankers*, la CJCE a à cœur, lorsqu'il s'agit d'interpréter le règlement 44/2001, de ne pas porter atteinte à « l'effet utile » de ce dernier, à savoir réaliser « les objectifs de l'unification des règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que la libre circulation des décisions dans cette même matière » (97) ; et (ii) la CJCE a précisé que l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 (auquel l'article 23 du règlement 44/2001 a succédé) avait pour objectif de protéger la volonté des intéressés et devait être interprété de façon à respecter cette volonté dès lors qu'elle était établie (98). Dans un tel cas, le tribunal français devrait donc en principe se reconnaître compétent, conformément au souhait du bénéficiaire de l'option.

*Deuxième situation* : si l'une des parties au moins est domiciliée sur le territoire d'un Etat communautaire et que le bénéficiaire de l'option, assigné par son cocontractant devant un tribunal étatique français, invoque la clause optionnelle afin de soumettre le litige à l'arbitrage, le tribunal français devrait en principe renvoyer les parties à mieux se pourvoir devant l'arbitre, afin que

(96) Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la Cour de Justice des Communautés européennes est devenue la Cour de Justice de l'Union Européenne. Le Traité de Lisbonne modifie également l'organisation et la compétence de la Cour de justice.

(97) CJCE, *West Tankers*, précité, point 24.

(98) CJCE. *Corek c/ Handelsveem*, 9 novembre 2000 (C-387/98), p. 14.

celui-ci décide, par priorité, s'il est compétent. En effet, dans un tel cas, la clause d'arbitrage n'est, à tout le moins, pas manifestement nulle ou inapplicable. Cette solution paraît conforme à l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement 44/2001, qui n'impose de compétence exclusive au tribunal étatique communautaire qu'à défaut de convention contraire des parties. Un bémol cependant : ainsi que M. Bollée l'a fait remarquer, la destinée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence paraît aujourd'hui incertaine en droit européen, la CJCE ayant justifié sa décision d'interdire au juge anglais d'émettre des injonctions *anti-suit* au motif, notamment, que de telles injonctions ont pour effet d'empêcher le tribunal étatique communautaire saisi d'examiner lui-même la question préalable de la validité ou de l'applicabilité de la convention d'arbitrage... « *or c'est bien ce à quoi conduit l'effet négatif du principe de compétence-compétence* » (99).

*Troisième situation* : il s'agit de celle où l'une des parties invoquerait, devant un tribunal étatique français, l'absence de validité de la clause de résolution de litiges optionnelle en vertu de laquelle le tribunal arbitral a été saisi et ce, afin de demander l'annulation de la sentence arbitrale ou s'opposer à sa reconnaissance en France. Dans un tel cas, il n'y a, selon nous, aucun conflit de normes. Un seul groupe de normes est compétent pour dire si la sentence doit, ou non, être accueillie dans l'ordre juridique du for : le droit de l'arbitrage international, c'est-à-dire, pour la France, les articles 1502 et 1504 CPC. Aussi, la clause de résolution de litiges optionnelle devra, si elle respecte les conditions de validité définies par la jurisprudence *Dalico*, être considérée comme valable et le Tribunal arbitral ne saurait être considéré comme ayant statué sur convention nulle au sens de l'article 1502-1<sup>o</sup> CPC. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, il ne nous semble pas qu'une telle clause, même unilatérale, puisse être considérée comme contraire au principe d'égalité (sous réserve d'offrir un choix limité de tribunaux compétents au bénéficiaire de l'option).

*Quatrième situation* : celle où l'une des parties s'opposerait à la reconnaissance ou l'exécution, en France, d'un jugement européen (c'est-à-dire d'un jugement bénéficiant du régime de reconnaissance et d'exécution des jugements prévu par le règle-

---

(99) V. S. Bollée, note précitée sous l'arrêt *West Tankers*, *Rev. arb.*, 2009.407. V. également les commentaires de M<sup>me</sup> Gaudemet-Tallon sur cet arrêt in *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. n<sup>o</sup> 48.

ment 44/2001), au motif que le tribunal étatique communautaire d'origine se serait, à tort, déclaré compétent pour juger du différend, en violation de la clause de résolution de litiges optionnelle. Dans un tel cas, peu importe que le tribunal étatique communautaire qui a rendu la décision dont la reconnaissance et l'exécution est demandée en France ait, ou non, respecté la clause de résolution de litiges optionnelle. En effet, le règlement 44/2001 n'autorise pas, en-dehors de quelques exceptions limitées, le contrôle de la compétence d'une juridiction d'un Etat membre par une juridiction d'un autre Etat membre (100). A supposer que le tribunal de l'Etat membre d'origine ait, conformément au souhait du bénéficiaire de l'option, accepté compétence et tranché le litige au fond (ce que l'article 23-1<sup>o</sup> du règlement paraît lui imposer de faire, cf. *supra*, situation n<sup>o</sup> 1), la convention de résolution de litiges optionnelle se verra alors accorder un effet indirect en France.

*Cinquième situation* : celle où aucune des parties n'est domiciliée sur le territoire d'un Etat communautaire et où le bénéficiaire de l'option invoque la clause de résolution de litiges optionnelle devant un tribunal étatique français, afin de lui soumettre (comme demandeur) ou lui soustraire (comme défendeur) un litige. L'article 23-1<sup>o</sup> du règlement 44/2001 n'aura pas, dans un tel cas, vocation à s'appliquer (101). Hors convention

(100) Article 35-3<sup>o</sup> du règlement 44/2001.

(101) L'article 23-3<sup>o</sup> du règlement 44/2001 a, en revanche, vocation à s'appliquer lorsqu'une convention d'élection de for désignant le tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs Etats membres est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, auquel cas « *les tribunaux des autres Etats membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence* » (sur cette disposition du règlement, v. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 127 et n<sup>o</sup> 155 ; U. Magnus et P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, p. 391, n<sup>o</sup> 53 et s.). Si la clause d'élection de for désigne un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs Etats membres autres que la France (clause offrant une option entre les tribunaux anglais et allemands par exemple), le juge français ne pourra se reconnaître compétent tant que les tribunaux de ces autres Etats membres (anglais et allemands dans l'exemple) n'ont pas eux-mêmes décliné leur compétence. A notre sens, l'article 23-3<sup>o</sup> du règlement ne sera cependant pas applicable — et le juge français ne saurait refuser de connaître du différend sur la base de cet article — dans l'hypothèse où la clause désignerait, au choix du bénéficiaire de l'option, les tribunaux français et le tribunal ou les tribunaux d'un autre Etat membre (les tribunaux anglais par exemple) : en effet, dans un tel cas, les tribunaux français ne sont pas situés dans un *autre* Etat membre que celui des tribunaux désignés par la clause, au sens de l'article 23-3<sup>o</sup> du règlement. Cette disposition a essentiellement pour but d'assurer un traitement uniforme de la clause attributive de

internationale, le tribunal français devra, en présence d'une clause d'élection de for optionnelle, appliquer les règles françaises de droit commun en matière de compétence internationale (102). Or, comme on l'a vu plus haut, la validité des clauses d'élection de for optionnelles est quelque peu incertaine en droit judiciaire privé français, à tout le moins celle des clauses unilatérales (103).

*Quid* dans l'hypothèse où la clause offre une option, non entre deux tribunaux étatiques, mais entre un tribunal étatique et un tribunal arbitral ? Les règles du droit français de l'arbitrage international et celles relatives à la compétence et à la reconnaissance des jugements étrangers doivent-elles s'appliquer cumulativement ? La clause ne sera alors valable que si elle répond aux exigences des deux groupes de normes. Tel est le raisonnement qui semble avoir été suivi par la Cour d'appel d'Angers dans l'affaire *Sicaly* (104). Ou bien doit-on considérer que certaines règles doivent primer sur d'autres ? On pense ici, notamment, au courant selon lequel la convention d'arbitrage, convention d'investiture qui a « pour effet de donner aux arbitres le pouvoir de juger, excluant par là-même l'intervention des juridictions de l'Etat » serait hiérarchiquement supérieure à la clause d'élection de for « qui ne fait que désigner la juridiction territoriale compétente pour trancher le litige » (105). A moins

---

juridiction au sein de l'Union européenne et de permettre au juge désigné par ladite clause de se prononcer, par priorité, sur sa compétence (en ce sens, v. U. Magnus et P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier European Law Publishers, p. 391, n° 53). Le juge français désigné par une convention attributive de juridiction optionnelle conclue par des parties domiciliées sur le territoire d'Etats tiers à l'Union Européenne est donc tenu de trancher la question de sa compétence et ne saurait surseoir à statuer en vertu de l'article 23-3° du règlement en l'attente d'une décision de l'autre tribunal européen désigné par la seconde branche de l'option (à moins que ce dernier ait été saisi avant le juge français, auquel cas l'article 27 du règlement, relatif à la litispendance, aura vocation à s'appliquer).

(102) La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, signée par le Mexique en 2007 et par la Communauté européenne et les Etats-Unis en 2009 devrait en principe être écartée : en effet, elle ne s'applique pas aux accords d'élection de for non-exclusifs.

(103) Cass. com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-19.877.

(104) Angers, 25 septembre 1972, *Sicaly*, *Rev. arb.*, 1973.164, note J. Rubellin-Devichi. La Cour a apprécié la validité de la clause au regard de « l'ordre public des deux nations intéressées » (la France et les Pays-Bas), ainsi que de la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961.

(105) Paris, 29 nov. 1991, *Chardonnet*, *Rev. arb.*, 1993.617, note L. Aynès.

que certaines règles (par exemple, de source internationale comme la Convention de New York de 1958) ne doivent nécessairement primer sur d'autres, de source interne ?

En réalité, deux questions, susceptibles de se poser au juge français, doivent être distinguées. La première est celle de l'absence manifeste, ou non, de compétence du tribunal arbitral dans l'hypothèse où le bénéficiaire exerce son option en faveur du tribunal étatique (ou inversement, l'absence d'invalidité manifeste de l'attribution de compétence au tribunal arbitral par la convention de résolution de litiges optionnelle dans l'hypothèse où le bénéficiaire de l'option entend soustraire le litige à la compétence du tribunal étatique). Cette question ne saurait être appréciée qu'au regard des seules règles du droit français de l'arbitrage international car la question qui se pose à ce stade est de savoir si la convention d'arbitrage peut, ou non, faire obstacle à la saisine d'un tribunal étatique pour trancher le litige au fond. Il s'agit d'une question d'effet de la convention d'arbitrage. Ainsi, sauf clause ambiguë ou contestation sérieuse sur le point de savoir si le bénéficiaire de l'option a respecté les modalités d'exercice de l'option définies par le contrat (cf. *supra*, titre I, (B) ), la convention d'arbitrage devrait, dans l'hypothèse où le bénéficiaire a exercé son option en faveur du tribunal français, être considérée comme manifestement inapplicable.

La seconde question qui se pose au juge français, mais seulement dans l'hypothèse où il a d'abord considéré que la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable (cas où le bénéficiaire de l'option entend saisir le juge français du litige au fond), est celle de la validité de l'attribution de compétence à son profit, en vertu de la clause d'élection de for. Cette question de compétence territoriale du juge français ne relève pas des règles du droit de l'arbitrage, mais de celles relatives à la compétence internationale du juge français.

*Sixième situation* : celle où l'une des parties sollicite l'exécution en France, d'un jugement extra-européen (c'est-à-dire d'un jugement ne bénéficiant pas du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par le règlement 44/2001).

Remarque liminaire : un jugement rendu par un tribunal étatique américain ou mexicain, saisi en vertu d'une convention de résolution de litiges optionnelles, ne bénéficierait pas, en France, du régime de reconnaissance et d'exécution prévu par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for :

en effet, cette Convention signée par le Mexique en 2007 et par la Communauté européenne et les États-Unis en 2009, ne s'applique pas aux accords d'élection de for non exclusifs (106). Un tel jugement devrait donc relever, en France, du régime de reconnaissance et d'exécution de droit commun.

Hors convention internationale, les conditions de régularité internationale du jugement étranger sont au nombre de trois en droit français : compétence « indirecte » du juge étranger, « fondée sur le rattachement du litige au juge saisi », conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et absence de fraude à la loi (107). La compétence dite « indirecte » du tribunal étranger qui a rendu la décision sera déniée si une règle de compétence « directe » attribue aux tribunaux français une compétence exclusive. Or, si la stipulation d'une clause d'élection de for aux tribunaux français leur confère compétence exclusive, ce n'est, expliquent MM. Mayer et Heuzé, que dans l'hypothèse où les parties ne lui ont pas conféré « un caractère optionnel » (108). Le juge étranger saisi en vertu d'une convention de résolution de litiges optionnelle doit donc être considéré comme compétent.

Du point de vue de l'ordre public international de procédure français, nous ne pensons pas, pour les mêmes raisons que celles précédemment exposées, que l'acceptation, par le juge étranger, de sa compétence, sur le fondement d'une clause optionnelle (quel qu'en soit le type, unilatérale, bilatérale ou multilatérale) pourrait être considérée comme contraire au principe d'égalité. L'ordre public international de procédure est composé de certains principes de loyauté et de justice « ou pour employer l'expression à la mode, du droit fondamental au procès équitable » (109). Cependant, la jurisprudence européenne a défini l'égalité des armes non comme l'obligation d'accorder

(106) La Convention de La Haye du 30 juin 2005 n'est pas encore entrée en vigueur. Les États Contractants disposent de la faculté de déclarer que leurs tribunaux reconnaîtront et exécuteront des jugements rendus par des tribunaux d'autres États contractants désignés dans un accord non exclusif d'élection de for (art. 22 de la Convention). Cependant, aucun État Contractant n'a fait de telle déclaration pour le moment.

(107) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, *Bull. civ.*, I, n° 68 ; *D.*, 2007.1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP*, 2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

(108) P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n° 378.

(109) A. Huet, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 124-7, n° 52.



exactement les mêmes droits à chaque partie, mais comme l'obligation d'offrir « à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (110).

\*  
\*\*

Sous réserve d'offrir un choix limité au bénéficiaire de l'option, la clause de résolution de litiges optionnelle ne nous paraît contraire, ni aux règles du droit français de l'arbitrage international, ni à celles concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. La reconnaissance de ses effets, directs (au stade de la saisine du tribunal) comme indirects (au stade de la reconnaissance de la décision) ne devrait pas poser de difficultés en France, sauf, peut-être, dans le cas où aucune des parties n'est domiciliée dans ce pays (c'est-à-dire hors champ d'application du règlement 44/2001) et où la clause, unilatérale, est invoquée devant un tribunal étatique français, saisi du litige au fond (cf. *supra*, II (D), situation n° 5) : la Cour de cassation, qui ne paraissait pas avoir d'objection à ce que la clause produise effet dans une telle hypothèse (arrêt *Sicaly*), a ensuite refusé d'en reconnaître la validité, mais dans une espèce bien particulière, où la clause en question prétendait donner un choix *illimité* de tribunaux étatiques compétents à son bénéficiaire. Espérons que le refus de reconnaître la validité d'une clause de résolution de litiges optionnelle reste cantonné à cette seule hypothèse : il en va, notamment, de la sécurité des financements et investissements internationaux.

(110) CEDH, 27 oct. 1993. *Dombo Veer BV c/ Pays-Bas*. série A n° 274. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs jugé que tout tribunal d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme, saisi d'une demande d'exequatur, doit vérifier que la procédure suivie devant le tribunal étranger remplit les garanties de l'article 6 de la Convention (c'est-à-dire les garanties du procès équitable) et ce, « alors même que la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention » (CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c/ Italie*. JCP, 2002 I 205, n° 7, obs. F Sudre ; *Rev. crit DIP*, 2004.106, note L.-L. Christians).

## Abonnement annuel

France : 180 €  
Etranger : 200 €

### Numéro isolé :

France : 70 €  
Etranger : 75 €

Pour les demandes d'abonnement, ou pour l'achat des collections et des numéros antérieurs, s'adresser au :

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE  
REVUE DE L'ARBITRAGE

65, rue d'Anjou  
75008 PARIS  
Tél./Fax : 01 55 06 16 44  
courrier électronique : [secretariat@arbitrage-fr.org](mailto:secretariat@arbitrage-fr.org)

*Maquette* : Ursula Blaise

N° C.P.P.A.P. 71789 AS

