

Invalidité en droit européen d'une clause optionnelle unilatérale offrant la faculté à une seule partie d'agir devant les juridictions de deux États différents, ainsi que devant « *tout autre tribunal compétent* »

Jérôme BARBET
Avocat à la Cour
Solicitor, England & Wales

DÉCISION :

– Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 26 septembre 2012, n° 11-26022, *M^{me} X... c/ Banque privée Edmond de Rothschild Europe*.

PUBLICATIONS ET COMMENTAIRES :

– *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 41, 8 octobre 2012, 1065, note Étienne Cornut.

– *Les Petites Affiches*, 14 novembre 2012 n° 228, p. 7, note Jean-Grégoire Mahinga.

– D. Martel, *D.* 2012, p. 2876.

– G. Cuniberti, *Dr. et proc.* 2012, n° 11, p. 290.

– P. Berlioz, *RJ Com.* déc. 2012, p. 21.

– L. Degos, D. Akchoti, *JCPG* 2013, n° 105.

– C. Brière, *JDI* 2013, p. 175.

– C. Nourissat, *Rev. Lamy, Droit des affaires* 2013/80, p. 51.

– M.-E. Ancel, L. Marion et L. Wynaenats, *Banque & Droit*, n° 148, mars-avril 2013, p. 3.

RÉSUMÉ

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 26 septembre 2012, refusé de donner effet à une clause d'élection de for optionnelle, qui donnait compétence « exclusive » aux tribunaux luxembourgeois pour trancher les litiges, tout en réservant la faculté à l'une des parties au contrat (la banque) d'agir devant les tribunaux du domicile de l'autre partie, ainsi que devant « tout autre tribunal compétent ». Dans la mesure où la clause litigieuse offrait à la banque la faculté de saisir, outre deux juridictions nommément désignées, n'importe quelle juridiction « compétente » dans le monde, la Cour de cassation a apparemment considéré qu'elle ne mettait pas de véritable obligation contractuelle à la charge de la banque. Elle a ainsi jugé que cette clause présentait un « caractère potestatif » et était « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ».

À notre sens, le présent arrêt ne remet pas en cause la validité de principe des clauses de résolution de litiges optionnelles, reconnue jusqu'ici en droit français, ni celle, en particulier des clauses dites à option « unilatérale », sous réserve que lesdites clauses n'offrent pas au bénéficiaire de l'option un choix illimité ou quasiment illimité de juridictions compétentes. Il ne faut néanmoins pas s'y tromper : la conformité des clauses de résolution de litiges optionnelles au droit français et, en particulier, au principe d'égalité posé par l'arrêt *Dutco* (qui n'était pas en débat dans la présente affaire) reste à confirmer par la jurisprudence.

ABSTRACT

The French Supreme Court (*Cour de cassation*) held, on 26 September 2012, that an optional jurisdiction clause, which gave « exclusive jurisdiction » to the courts of Luxembourg and reserved the right for one of the parties to the contract (a bank) to sue before the courts of the other party's domicile or "any other competent jurisdiction", had no effect. As this clause allowed the bank to commence court proceedings before two specifically named courts and any "competent" court in the world, the *Cour de cassation* apparently considered that, under this clause, the bank did not undertake any genuine contractual obligation. The *Cour de cassation* held that this clause was of an "arbitrary character" and was "contrary to the subject-matter and the objective of the prorogation of jurisdiction provided for in Article 23 of Brussels Regulation I".

In our view, this decision does not call into question the validity in principle of optional dispute resolution clauses in France, and that of unilateral option clauses, which French law has recognized until now, provided that the clauses in question do not give to their beneficiaries, an unlimited or quasi unlimited choice of competent jurisdictions. This said, one should bear in mind that, whether optional resolution dispute clauses comply with French law and, in particular, the principle of equality (put forward in the *Dutco* case) remains to be confirmed by the French courts (the principle of equality was not at issue in this case).

La première Chambre civile de la Cour de cassation a, dans l'arrêt ici rapporté, en date du 26 septembre 2012, approuvé les juges du fond d'avoir refusé de donner effet à une clause attributive de juridiction figurant dans un contrat conclu entre une banque et son client, aux termes de laquelle compétence « exclusive » était donnée aux juridictions luxembourgeoises pour trancher les litiges, mais qui permettait néanmoins à la banque d'agir devant le tribunal du lieu du domicile du client ou devant « tout autre tribunal compétent ».

Dans cette affaire, une personne reprochait à sa banque, une baisse importante de la performance de ses placements et l'avait assignée, ainsi que l'intermédiaire financier, en paiement de dommages-intérêts devant le Tribunal de grande instance de Paris. La banque avait soulevé l'incompétence des juridictions françaises au profit des juridictions luxembourgeoises, en invoquant une clause attributive de compétence, ainsi libellée : « *Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg.* La

banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède ».

Rejetant l'exception d'incompétence soulevée par la banque, les juges du fond ont refusé de donner effet à la clause attributive de juridiction et se sont déclarés compétents. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif « *qu'ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de M^{me} X... ou devant "tout autre tribunal compétent", ne liait, en réalité, que M^{me} X... qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ».*

Cet arrêt nécessite d'être explicité du point de vue du droit judiciaire privé (I). Son impact potentiel sur les clauses de résolution de litiges optionnelles, permettant à une ou plusieurs parties de saisir une juridiction étatique ou un tribunal arbitral, mérite également d'être analysé (II).

I. Une limite posée par la Cour de cassation à la validité des clauses d'élection de for optionnelles

Aux termes de l'article 23-1^o du règlement n^o 44/2001 du 22 décembre 2000 (dit « Bruxelles I »), lorsqu'une convention attributive de juridiction donne compétence à un tribunal ou aux tribunaux d'un État communautaire, cette compétence n'est exclusive que si les parties n'en sont pas convenues autrement (« *sauf convention contraire des parties* »). L'article 25-1^o du règlement n^o 1215/2012 du 12 décembre 2012 (version révisée du règlement dite « Bruxelles I bis ») qui reprend, avec quelques modifications, les termes de l'article 23-1^o du règlement Bruxelles I, dispose également que la compétence des juridictions désignées par une convention attributive de juridiction est « *exclusive, sauf convention contraire des parties* ». En d'autres termes, en droit européen, les parties peuvent valablement insérer des clauses d'élection de for optionnelles dans leurs accords.

Dans la mesure où le règlement Bruxelles I ne distingue pas entre les clauses d'élection de for optionnelles unilatérales (permettant à une seule partie au contrat, telle « la banque », de choisir le tribunal compétent) ou bilatérales (permettant aux deux parties de saisir le tribunal compétent – telle la clause offrant une option de compétence au « demandeur »), on devrait en principe considérer que ces différents types de clauses sont valables en droit européen. Le règlement Bruxelles I est en effet assez libéral et comprend parmi ses objectifs le respect du principe d'autonomie de la volonté des parties. Le considérant 14 du préambule au règlement prévoit ainsi expressément que « *l'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente, doit être respectée* » (objectif repris par le paragraphe 19 du règlement « Bruxelles I bis »). De même, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a indiqué que

l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 (auquel l'article 23 du règlement Bruxelles I 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 établie¹.

Or, si la validité des clauses d'élection de for optionnelles *bilatérales* a déjà été admise en droit judiciaire privé français², celle des clauses d'élection de for optionnelles *unilatérales* a parfois posé problème en jurisprudence. Hors Convention de Bruxelles / Règlement Bruxelles I, la Cour de cassation a ainsi jugé, en 1990³, 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* », 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.

De même, dans l'affaire ici rapportée, la Cour de cassation a jugé que dans la mesure où la banque se réservait le droit d'agir au domicile de sa cliente ou devant « *tout autre tribunal compétent* », la clause litigieuse ne liait, en réalité, que la cliente, « *qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois* », et que les juges du fond avaient pu en déduire qu'elle revêtait « *un caractère potestatif à l'égard de la banque* ».

Point commun aux deux affaires jugées par la Cour de cassation en 1990 et 2012 : dans chaque cas, la clause d'élection de for litigieuse offrait à une seule partie au contrat un choix illimité ou quasi illimité de tribunaux compétents.

Dans la présente espèce, la clause permettait ainsi à la banque, non seulement d'agir devant les tribunaux luxembourgeois, mais également devant le tribunal du lieu du domicile de la cliente et devant « *tout autre tribunal compétent* », c'est-à-dire, littéralement, devant tout tribunal compétent selon les règles de droit international privé du for choisi par la banque. Chaque pays du monde ayant ses propres règles de compétence, le choix de juridiction ouvert à la banque était potentiellement extrêmement large. Aussi et surtout, on se demandait quelle véritable obligation *contractuelle* la banque avait bien pu souscrire aux termes de la clause litigieuse, dans la mesure où l'obligation de saisir un tribunal compétent selon les règles de droit international privé du for saisi est d'origine *légale*.

En refusant de donner effet à une telle clause, la solution posée par la Cour de cassation est-elle conforme au droit européen ? Sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1968, la Cour de cassation avait admis, en 1990, que lorsqu'une clause d'élection de for avait été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, celle-ci avait la faculté d'y renoncer et de saisir tout autre tribunal compétent *au titre de la Convention de Bruxelles*⁴. Cependant, cet arrêt faisait application de l'article 17 § 5 de la

1. CJCE, *Coreck v Handelsveem*, 9 novembre 2000, aff. C-387/98.

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

3. Cass. com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-19877.

4. Cass. civ. I^{re}, 4 décembre 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, lequel 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* ». L'alinéa 5 de l'article 17 n'a pas été repris par le Règlement Bruxelles I.

Convention de Bruxelles, qui n'a pas été repris par le règlement Bruxelles I. L'article 17 § 5 de la Convention de Bruxelles disposait que « *si une 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* ». En outre, dans la présente espèce, la clause litigieuse ne précisait pas que la banque avait la faculté de saisir tout autre tribunal compétent « au titre du Règlement Bruxelles I ». Elle précisait simplement que la banque avait la faculté de saisir « *tout autre tribunal compétent* ». Compte tenu de la multiplicité des règles de compétence potentiellement applicables (appliquée littéralement, la clause permettait à la banque, outre d'agir devant deux juridictions nommément désignées, de tirer parti des règles de compétence de tous les pays du monde), le choix laissé à la banque était extrêmement large, voire quasiment illimité. Telle est la raison pour laquelle la Cour de cassation a refusé de donner effet à la clause litigieuse. Selon la doctrine, d'ailleurs, une clause abandonnant à une partie le choix de n'importe quelle juridiction ne relève pas de l'article 23 du règlement Bruxelles I⁵. Dans la mesure où la clause permettait à la banque de saisir, outre les juridictions de deux pays différents, n'importe quelle juridiction « compétente » à travers le monde, elle ne respectait pas l'objectif fixé par le règlement européen, de « *haut degré de prévisibilité* » des règles de compétence (§ 11 du préambule au règlement). La Cour de cassation a donc eu raison de juger que la clause litigieuse était « *contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I* ».

En revanche, certains aspects de la motivation de l'arrêt commenté suscitent des interrogations. Première interrogation : le recours à la notion d'obligation affectée d'une condition purement potestative, propre au droit français, était-il vraiment légitime ? Sous l'empire du règlement Bruxelles I, dans sa version d'origine, rien n'est moins sûr. Outre que le contrat était, en l'espèce, régi par le droit du Luxembourg et que le caractère de loi de police de l'article 1174 du Code civil est loin d'être évident, selon la doctrine, l'article 23 du règlement Bruxelles I « *prime sur toute loi nationale qu'un État membre de l'Union Européenne lié par le règlement a promulgué relativement au même sujet, même si cette loi nationale est d'ordre public* »⁶. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'est pas favorable à l'interférence des droits nationaux dans l'application du règlement Bruxelles I et tend à favoriser des interprétations « autonomes » et uniformes dans l'application dudit règlement. Ce souci d'uniformité des solutions apparaissait déjà dans une décision *Denkavit*, rendue en 1997⁷. La Cour de justice vient de rappeler, de façon encore plus claire, dans un arrêt du 7 février 2013⁸ – concernant l'opposabilité au tiers sous-acquéreur, de la clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci –, qu'« *en vue d'assurer l'application uniforme* » du règlement Bruxelles I, il importe d'interpréter la notion de « convention attributive

5. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements Europe*, LGDJ, 4^e éd., n° 132.

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

7. CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c/ Denkavit*, aff. C-296/95, *JDI*, 1998.586, note J.-M. Bischoff.

8. CJUE, 7 février 2013, aff. C-543/10.

de juridiction », visée à l'article 23 « *non pas comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des États concernés, mais comme une notion autonome* ». Aussi, le recours, par la Cour de cassation, à la notion de « potestativité » de la clause pouvait paraître critiquable sous l'empire du règlement Bruxelles I « non refondu ». Avec la refonte du règlement Bruxelles I (règlement Bruxelles I « *bis* », applicable à partir du 10 janvier 2015), les conditions de validité au fond de la convention attributive de juridiction seront soumises à la loi du tribunal désigné par la clause : l'article 25-1^o du règlement Bruxelles I « *bis* » dispose aujourd'hui que l'attribution de compétence vaut, sauf si sa validité est entachée de « *nullité quant au fond* » selon le droit de l'État membre dont les juridictions sont désignées par la clause ⁹.

Deuxième interrogation : l'arrêt commenté doit-il être interprété comme signifiant que les clauses optionnelles *unilatérales*, voire même *bilatérales* sont, par principe, illicites ? Nous ne le pensons pas. Certes, la Cour de cassation prend le soin de relever que la clause litigieuse, prévoyant que les litiges devaient être soumis aux tribunaux luxembourgeois, ne liait en réalité qu'une seule partie (la cliente) et non la banque. Cependant, ce qui a, en l'espèce, motivé l'invalidité de cette clause, n'est pas tant le fait qu'elle offrait à une seule des parties, le choix de saisir le tribunal compétent, que son « *caractère potestatif* » : la clause litigieuse offrait à la banque la faculté discrétionnaire de choisir une juridiction « compétente » quelconque, hors même d'ailleurs de celles compétentes en vertu du droit de l'Union européenne. Il convient de rappeler, à cet égard, que le fondement de la nullité des obligations affectées d'une condition purement potestative réside, non pas tant dans la rupture d'égalité entre les parties, que dans le fait que l'existence de l'obligation est laissée au pouvoir *discrétionnaire* du débiteur, lequel est libre de faire comme bon lui semble. L'article 1174 du Code civil n'impose pas que chaque partie ait exactement les mêmes droits. Il a seulement pour objet d'éviter qu'une partie (le créancier) soit soumise au bon vouloir, à l'arbitraire de son débiteur. Or, en permettant à la banque de saisir, outre deux juridictions nommément désignées, n'importe quelle juridiction compétente à travers le monde, la clause n'imposait en réalité aucune obligation *contractuelle* à cette dernière (l'obligation de saisir un tribunal compétent selon les règles de droit international privé du *for saisi* est *légale* et résulte déjà desdites règles). Ce que la Cour de cassation semble avoir considéré comme critiquable, ce n'est pas le fait que l'option de compétence soit réservée à une seule partie, mais le fait que l'option ne soit pas limitée et qu'elle permette à ladite partie un choix discrétionnaire (sans limite ou presque) du tribunal compétent, sans mettre de véritable obligation contractuelle à sa charge.

En droit français, lorsque l'existence de l'obligation dépend d'une décision que le débiteur doit prendre, les tribunaux recherchent si celle-ci est, ou non, 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, la condition ne sera pas

9. Le considérant 20 du règlement Bruxelles I « *bis* » précise que le droit applicable est celui de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans la convention attributive de juridiction, « *eu égard à ce compris conformément aux règles de conflit de lois de cet État membre* ».

considérée comme potestative¹⁰. Or, dans une clause optionnelle offrant un choix *limité* de tribunaux compétents, 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. Outre que les tribunaux limitativement et nommément désignés par la clause auront été choisis d'un *commun accord* par les parties lors de la signature du contrat (et ne résultent pas d'un choix discrétionnaire de l'une des parties), l'exercice de l'option est susceptible d'un « contrôle judiciaire » au sens de la jurisprudence (le bénéficiaire est tenu, objectivement, de saisir l'une des juridictions limitativement énumérées par la clause). Tant que l'option offre un choix *limité* de tribunaux compétents, elle ne fait donc pas dépendre la compétence en cas de litige de la *seule volonté* du bénéficiaire de l'option et ne paraît pas contraire à l'article 1174 du Code civil.

Au demeurant, si la Cour de cassation entendait invalider, par principe, les clauses optionnelles (unilatérales ou bilatérales), une telle solution serait, à notre sens, contraire au règlement Bruxelles I, lequel autorise expressément les conventions attributives de juridiction non exclusives¹¹ (sans distinguer entre clauses optionnelles unilatérales et bilatérales) et comprend parmi ses objectifs le respect du principe d'autonomie de la volonté des parties.

Est-il possible de tirer de l'arrêt rapporté, un quelconque enseignement au sujet des clauses de résolution de litiges optionnelles, permettant à une partie, de saisir à son choix une juridiction étatique ou arbitrale ? C'est ce qu'il convient maintenant d'analyser.

II. L'impact de la solution posée par la Cour de cassation sur les clauses de résolution de litiges optionnelles, offrant la faculté à une partie de saisir un tribunal étatique ou arbitral

À notre sens, la solution posée par l'arrêt commenté ne concerne que le cas des clauses de résolution de litiges optionnelles offrant un choix illimité ou quasi illimité de juridictions compétentes et ne remet pas en cause la validité de principe des clauses de résolution de litiges optionnelles, offrant la faculté à une partie de saisir un tribunal étatique nommément désigné ou un tribunal arbitral¹².

Dès lors que les parties sont convenues, lors de la signature du contrat, qu'un nombre limité de tribunaux étatiques ou arbitraux pourront légitimement et régulièrement intervenir pour trancher le litige, il paraît difficile de considérer que le choix de la juridiction compétente est laissé à la discrétion d'une seule partie, ou que le principe d'égalité ne serait pas respecté (puisque chaque partie a participé au choix du tribunal compétent et accepté sa compétence). Les juridictions françaises, y

10. V. par exemple, Cass. civ. I^{re}, 22 nov. 1989, Gaz. Pal. 1990, I, pan. jurispr. p. 11.

11. Article 23-1^{er} du règlement Bruxelles I. Article 25-1^{er} du règlement Bruxelles I « bis ».

12. Sur cette question, v. J. Barbet et P. Rosher, « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », Rev. arb. 2010.45.

compris la Cour de cassation, ont ainsi déjà reconnu la validité de ce type de clause par le passé. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a par exemple 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 contrat¹³. La Cour de cassation a également accepté de donner effet, dans une affaire *Sicaly*¹⁴, à une clause de résolution de litiges optionnelle *unilatérale*, qui permettait à un vendeur d'agir soit devant les juridictions néerlandaises, soit devant un tribunal arbitral. L'arrêt commenté ne remet pas en cause cette jurisprudence.

Cela ne signifie pas pour autant, qu'il est dénué de tout impact sur ce genre de clause. À suivre le raisonnement adopté par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, si une clause de résolution de litiges permettait à l'une des parties, de saisir un tribunal arbitral ou « tout autre tribunal étatique compétent », elle devrait en principe être privée d'effet, comme étant « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». Il convient de rappeler, à cet égard, que le fait que le litige entre dans le champ d'application du règlement Bruxelles I suffit à le rendre applicable, quand bien même une « question préalable portant sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, y compris notamment sur sa validité » serait posée¹⁵. Selon la Cour de justice, l'exception d'incompétence, tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la question de la validité de cette dernière, relève du champ d'application du règlement Bruxelles I et il appartient exclusivement à la juridiction saisie d'une demande relevant du champ d'application du règlement Bruxelles I de statuer sur cette exception ainsi que sur sa propre compétence¹⁶.

L'arrêt commenté est donc bien susceptible d'avoir un impact important sur la validité des clauses de résolution de litiges optionnelles offrant la faculté à une partie de saisir un tribunal étatique ou arbitral, lorsque le litige entre dans le champ d'application du règlement Bruxelles I. Si la clause octroie la faculté à une partie de saisir un tribunal arbitral ou « tout autre tribunal étatique compétent », le Tribunal français devra, conformément à l'arrêt commenté, refuser de donner effet à une telle clause. La convention d'arbitrage n'en restera-t-elle pas moins valable ? À suivre le raisonnement adopté par la Cour de cassation, on pourrait craindre que la réponse soit

13. Cass. civ. 2^e, 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.

14. Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1974, *Sicaly*, Bull. civ. I, n° 122.

15. CJCE, 10 février 2009, *West Tankers*, aff. C-185/07 ; 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. Scraglini ; 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.

16. Sur ce que la destinée du principe de compétence-compétence paraît aujourd'hui incertaine en droit européen, v. S. Bollée, note sous l'arrêt *West Tankers*, Rev. arb., 2009.407. Le règlement Bruxelles I « bis » contient aujourd'hui le considérant suivant (préambule, §12) : « rien dans le présent règlement ne devrait empêcher la juridiction d'un État membre, lorsqu'elle est saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage passée entre les parties, de renvoyer les parties à l'arbitrage, de surseoir à statuer, de mettre fin à l'instance ou d'examiner si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée conformément à son droit national ».

négative : en l'espèce, la Haute Cour a en effet invalidé l'intégralité de la clause de résolution de litiges, c'est-à-dire non seulement l'option qui avait été accordée à la banque, mais aussi la partie de la clause qui attribuait, en premier chef, compétence aux tribunaux luxembourgeois. Une telle solution serait-elle transposable à l'hypothèse où la clause offrirait la faculté de choisir entre un tribunal arbitral et « tout autre tribunal étatique compétent » ? Du fait de l'autonomie de la convention d'arbitrage, on sait que celle-ci n'est pas affectée par l'inexistence ou la nullité du contrat principal. Dès lors, ne doit-on pas également considérer qu'elle survit à l'éventuelle nullité de la clause attributive de juridiction insérée audit contrat ? Cette analyse risque de se heurter au fait que, dans sa version révisée, adoptée le 12 décembre 2012, le Règlement Bruxelles I « *bis* » pose également pour principe que la convention attributive de juridiction est autonome par rapport aux autres clauses du contrat. L'article 25-5 du Règlement Bruxelles I révisé prévoit ainsi que la « *convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat* ». Si la convention d'arbitrage et la convention attributive de juridiction sont toutes deux autonomes l'une par rapport à l'autre, pourquoi considérer que l'une serait mieux à même que l'autre de survivre à l'invalidation de l'option octroyée par la clause de résolution de litiges optionnelle ? En réalité, c'est bien la faculté d'option qui pose problème et son invalidité risque d'entraîner, tant celle de la clause attributive de juridiction que celle de la convention d'arbitrage.

De manière plus générale, l'arrêt commenté devrait également avoir un impact important, hors champ d'application du règlement Bruxelles I. C'est en effet essentiellement pour des considérations tirées du droit français – en raison du « *caractère potestatif* » de la clause litigieuse – que la Cour de cassation a refusé de lui donner effet. Un tel raisonnement, tiré du droit français, est bien entendu applicable aux clauses d'élection de for, qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement Bruxelles I ou d'une autre convention internationale. Il est en revanche plus difficilement transposable aux conventions d'arbitrage, puisque leur validité 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 lois¹⁷. À défaut de se fonder sur la théorie de l'illicéité des obligations affectées d'une condition purement potestatives, les juridictions françaises pourraient être tentées d'avoir recours à d'autres techniques juridiques afin de limiter l'effectivité de ce type de clauses. En particulier, la question de la compatibilité des clauses de résolution de litiges optionnelles, offrant la faculté de saisir un tribunal étatique ou arbitral, avec le principe d'égalité, dégagé par l'arrêt *Dutco*, reste à confirmer par la jurisprudence. L'enjeu est important : il en va, outre de la validité de nombreuses clauses de résolution de litiges optionnelles insérées dans des contrats du commerce international, de l'effectivité des clauses des traités bilatéraux d'investissement, octroyant à l'investisseur, la faculté de saisir soit un tribunal arbitral *ad hoc* ou la

17. Cass. civ. 1^{re}, 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 F. Loquin ; JDI, 1994.690, note E. Loquin.

CNUDCI, soit les juridictions étatiques du pays hôte de l'investissement (clauses reconnues valables par la Cour d'appel de Paris, qui considère que le consentement à l'arbitrage résulte, dans un tel cas, de l'acceptation par l'investisseur de l'offre d'arbitrer de l'État hôte de l'investissement¹⁸). À notre sens, sous réserve d'offrir un choix limité au bénéficiaire de l'option, la clause de résolution de litige optionnelle ne place pas l'autre partie dans une « situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (v. CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Veer BV c/Pays-Bas*) et n'est pas contraire au principe d'égalité.

Arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 26 septembre 2012, n° 11-26022, M^{me} X... c/ Sté Banque privée Edmond de Rothschild Europe

M. Charruault, président ; M^{me} Monéger, conseiller rapporteur ; M. Mellottée (premier avocat général), avocat général ; M^e Foussard, SCP Defrénois et Levis, avocat(s)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 octobre 2011), que M^{me} X... est titulaire d'un compte bancaire auprès de la société banque privée Edmond de Rothschild Europe, (ci-après la Banque) ayant son siège au Luxembourg, compte ouvert par l'intermédiaire de la société compagnie financière Edmond de Rothschild, ayant son siège à Paris, sur lequel elle a déposé une somme de 1 700 000 euros qui lui avait été donnée par son père ; que leur reprochant à faute une baisse importante de la performance de ses placements, elle a assigné la banque et la société financière en paiement de dommages-intérêts devant le tribunal de grande instance de Paris ; que ces sociétés ont invoqué une clause attributive de juridiction désignant les juridictions luxembourgeoises ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de rejeter l'exception d'incompétence, alors, selon le moyen :

1°/ que la clause attributive de juridiction stipulait que « Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède » ; que cette clause était, comme le permet l'article 23 du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000, stipulée en faveur de l'une des parties, ayant pour objet de réserver à cette dernière l'alternative de saisir soit le juge de son domicile, soit celui du domicile du client, soit encore tel autre juge compétent en vertu du règlement ; qu'en égard à son objet, la clause répondait pleinement aux objectifs de prévisibilité et de sécurité visés à l'article 23 du règlement ; qu'en décidant le contraire, pour considérer à tort que la clause conférait à son bénéficiaire une faculté discrétionnaire de saisir une juridiction quelconque hors même de celles compétentes en vertu du droit de l'Union, les juges du fond ont violé l'article 23 du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

¹⁸ Paris, République tchèque c/ Nreka, 25 septembre 2008, Rev. arb., 2009, 137, note L. Fadlallah ; D., 2009, 917, note M. Audin.

2°/ que la clause attributive de juridiction pouvait d'autant moins être écartée comme non écrite, prétexte pris de ce qu'elle aurait été rédigée dans des termes contraires aux objectifs prévus à l'article 23 du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000, qu'en prévoyant la possibilité pour l'une des parties de saisir le juge de son domicile ou, à défaut, tout autre juge légalement compétent, la clause renvoyait par la force des choses aux règles édictées par ce règlement et répondait nécessairement en cela aux objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique de ce dernier ; que de ce point de vue également, les juges du fond ont violé l'article 23 du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

3°/ qu'en tout cas, dès lors que la clause litigieuse stipulait que « Les relations entre la banque et le client sont soumises au droit luxembourgeois. Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède », elle renvoyait par là même, faute pour son bénéficiaire de saisir le juge luxembourgeois, aux règles internationales de compétence telles que fixées notamment au Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 ; qu'en écartant cependant la clause attributive de juridictions pour cette raison que le règlement « n'autorise pas une clause à abandonner à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion », l'arrêt a été rendu au prix d'une dénaturation de la clause, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

4°/ que, et plus subsidiairement, telle qu'elle a été précédemment rappelée, la clause comportait deux dispositions, la première portant élection de for au profit du juge luxembourgeois, la seconde ouvrant la possibilité pour le bénéficiaire de la clause de se référer aux règles de compétences légales pour le cas où il ne revendiquerait pas le for luxembourgeois ; qu'à supposer par impossible que la seconde partie de la clause n'ait pas été conforme, à raison de son libellé, aux objectifs des auteurs du règlement, en toute hypothèse, l'exception d'incompétence était exclusivement fondée en l'espèce sur la partie de la clause portant élection de for au profit du juge luxembourgeois, laquelle restait à l'abri de la critique ; qu'en statuant comme ils l'ont fait, en critiquant la seconde partie de la clause, quand celle-ci n'était pas en cause dès lors que l'exception d'incompétence se fondait sur sa première partie, les juges du fond se sont déterminés sur la base d'un motif inopérant, et ont violé de ce chef l'article 23 du règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000, ensemble l'article 455 du Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de M^{me} X... ou devant « tout autre tribunal compétent », ne liait, en réalité, que M^{me} X... qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen :

Attendu que la banque fait grief à l'arrêt de retenir la compétence des juridictions françaises pour statuer sur sa demande et d'écarter l'exception d'incompétence invoquée, alors, selon le moyen :

1°/ que tant en application des règles qui gouvernent l'obligation de motivation qu'en application du droit au procès équitable, les juges du second degré sont tenus de s'expliquer sur les moyens de l'appelant dans la mesure où ces moyens visent à

critiquer comme erronés ou insuffisants les motifs du premier juge ; qu'en l'espèce, la Banque privée faisait valoir que si le premier juge s'était expliqué, d'ailleurs à tort, sur la situation de fait fondant les demandes dirigées contre les deux entités, en revanche, il avait omis de s'expliquer sur la situation juridique de la demanderesse à l'égard des deux entités mises en cause, sachant que ces rapports répondaient à des lois distinctes, les rapports noués avec la Banque privée étant soumis au droit luxembourgeois cependant que les rapports noués avec la Compagnie financière étaient soumis au droit français ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point, les juges du second degré ont violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

2^o/ que, et en tout cas, l'identité de situation de droit, condition requise pour la mise en œuvre de l'article 6, § 1, du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000, n'est pas constituée lorsque les rapports avec l'un des deux défendeurs sont soumis à un droit étranger cependant que ceux existants avec l'autre défendeur sont soumis au droit français, en sorte que les règles applicables aux deux demandes relèvent de systèmes juridiques différents ; qu'en s'appuyant néanmoins sur cette disposition pour retenir sa compétence à l'égard de la Banque privée, quand les rapports de cette dernière avec le demandeur relevaient du droit luxembourgeois, les juges du fond ont violé l'article 6, § 1, du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

3^o/ que, et plus subsidiairement, faute pour les juges du fond de s'être expliqués sur le point de savoir comment deux situations juridiques relevant chacune de règles issues de systèmes juridiques distincts pouvaient commander la compétence unique du juge français, les juges du fond ont à tout le moins privé leur décision de base légale à l'égard de l'article 6, § 1, du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que les actions en responsabilité dirigées contre la société financière et la banque avaient le même objet, et posaient la même question, la cour d'appel en a justement déduit, en application de l'article 6-1 du Règlement Bruxelles I, qu'il y avait intérêt à les instruire et à les juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables, peu important que les demandes soient éventuellement fondées sur des lois différentes ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi ;

Condamne la société Banque privée Edmond de Rothschild Europe aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, rejette la demande de la société Banque privée Edmond de Rothschild Europe et la condamne à payer à M^{me} X... la somme de 5 000 euros.