

BULLETIN DROIT & BANQUE



PRIX 2012 DE L'ALJB

L'efficacité des engagements négatifs dans les contrats de financement : mode d'emploi

Carolyn Prestat et François Peguesse

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- *Cour de cassation française (Civ., 1re), 26 septembre 2012*

Commentaire : La clause attributive de juridiction potestative, ou quand la fin justifie les moyens

Elisabeth Omes

- **L'arrêt de la Cour AELE du 28 janvier 2013 dans l'affaire ESA c/ Islande (E-16/11) – une réponse à la question sur l'étendue des obligations des États membres sous la directive 94/19/CE... ou presque**

Franz Fayot, Philippe Hoffmann

- *Cour d'appel, 4^{ème} chambre, 13 juin 2012, n° 37117 du rôle*

Le risque de requalification d'une garantie autonome en cautionnement

Grégory Minne

- *Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière pénale, jugement du 7 mai 2012*

Le blanchiment à l'envers : l'indépendance exagérée du blanchiment-détention

André Hoffmann, Julien De Mayer

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER EUROPÉEN (OCTOBRE 2012- MARS 2013)

Philippe-Emmanuel Partsch

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE FISCALE 2012

Jean Schaffner, Flora Castellani

EXTRAIT 51

Conseil d'administration de l'ALJB

Philippe **Bourin**, Crédit Agricole Luxembourg (Président)

Christiane **Faltz**, State Street Bank Luxembourg (Vice-Présidente)

Cosita **Delvaux**, Notaire (Trésorière)

Catherine **Bourin**, ABBL

Sandrine **Conin**, KBL European Private Bankers

Philippe **Dupont**, Arendt & Medernach

André **Hoffmann**, Elvinger, Hoss & Prussen

Nicki **Kayser**, Linklaters LLP, Luxembourg

Morton **Mey**, Société Générale Bank & Trust

Elisabeth **Omes**, Elvinger, Hoss & Prussen

Daniel **Postal**, BGL BNP Paribas

Nicolas **Thieltgen**, Brucher Thieltgen & Partners, Luxembourg

Andéol du **Trémolet de Lacheisserie**, Banque Européenne d'Investissement

Henri **Wagner**, Allen & Overy Luxembourg

La reproduction d'articles parus dans cette revue n'est permise que moyennant autorisation de l'ALJB et indication de la source ("Bulletin Droit & Banque 51, ALJB, 2013").

BULLETIN

DROIT & BANQUE

N° 51

Mai 2013

Editeur:

Association Luxembourgeoise des
Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

www.aljb.lu

Comité de rédaction:

Christiane Faltz
State Street Bank Luxembourg S.A.
Tel. 46 40 10-910
cfaltz@statestreet.com

Sandrine Conin
KBL European Private Bankers S.A.
Tel. 47 97-3114
sandrine.conin@kbl-bank.com

Nicki Kayser
Linklaters LLP, Luxembourg
Tel. 26 08 8235
nicki.kayser@linklaters.com

Elisabeth Omes
Elvinger, Hoss & Prussen
Tel. 44 66 44 2160
elisabethomes@ehp.lu

Henri Wagner
Allen & Overy Luxembourg
Tel. 44 44 5 5312
henri.wagner@allenoverly.com

Secrétariat, Inscriptions:

secretariat@aljb.lu
House of Finance
B.P. 13
L-2010 Luxembourg

CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION – Clause autorisant une partie à choisir tout tribunal compétent – Validité (non) – Potestativité – Règlement Bruxelles I – Objet et finalité – Contrariété (oui) – Connexité – Lois différentes applicables aux demandes – Compétence (oui)

Cour de cassation française (Civ., 1re), 26 septembre 2012

(...) attendu qu'ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X. ou devant "tout autre tribunal compétent", ne liait, en réalité, que Mme 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 .

ARRÊT :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 octobre 2011), que Mme X. est titulaire d'un compte bancaire auprès de la société banque privée E., (ci-après la Banque) ayant son siège au Luxembourg, compte ouvert par l'intermédiaire de la société compagnie financière E., 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 regard 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 conférerait 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 ;

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 répondaient 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 Mme X. ou devant "tout autre tribunal compétent", ne liait, en réalité, que Mme 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°/ que et en tout cas, l'identité de situation de droit, condition requise pour la mise en oeuvre 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°/ 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.

Prés.: M. Charruault

Rap.: Mme Monéger

Min. publ.: M. Mellottée

Av. : Me Foussard, SCP Defrenois et Levis
(Arrêt n° 9834)

La clause attributive de juridiction potestative, ou quand la fin justifie les moyens

Elisabeth Omes

Avocat à la Cour – Elvinger, Hoss & Prussen

Peu d'arrêts de la cour de cassation française ont suscité autant de notes et commentaires de la part d'auteurs français et étrangers, que celui du 26 septembre 2012 reproduit ci-avant¹. Les faits à la base du litige sont simples et peuvent être résumés comme suit :

En 2006, Mme X. ouvre un compte auprès d'une banque établie à Luxembourg (ci-après la « Banque »), par l'intermédiaire d'une compagnie financière, filiale de la Banque, établie à Paris. Estimant subir une baisse importante dans la performance des placements, Mme X. assigne la Banque et sa filiale française devant le tribunal de grande instance de Paris.

Les parties défenderesses soulèvent l'incompétence territoriale du tribunal saisi, en se basant sur une clause de juridiction contenue dans les conditions générales signées par Mme X.. Cette clause se lit comme suit : « Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux du 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 ».

Dans son arrêt du 18 octobre 2011, la Cour d'appel de Paris qualifie la clause précitée de contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation

de compétence prévue à l'article 23 du règlement (CE) n°44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 tel que modifié (ci-après le « Règlement Bruxelles I »), et conclut qu'elle devait être écartée, étant considérée comme non écrite. Pour arriver à cette qualification, la Cour d'appel retient que le principe découlant de l'article 17 des conventions de Bruxelles et de Lugano et suivant lequel « 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 » est toujours d'application, même s'il n'a pas été repris de manière explicite par la Règlement Bruxelles I. Les juges français nuancent cependant leurs propos en décidant que même si ce principe valide les clauses exprimant clairement la volonté commune d'avantager l'une des parties, il n'autorise pas une clause à abandonner à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion, comme le ferait la clause litigieuse.

La cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel de Paris, en décidant dans l'arrêt du 26 septembre 2012 précité, qu'en « ayant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X. ou devant « tout autre tribunal compétent », ne liait, en réalité, que Mme 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 ».

En statuant comme elle l'a fait, la cour de cassation a utilisé un raisonnement aux seules fins, semblerait-il, de garder en France ce litige introduit par une cliente de nationalité française devant les juridictions françaises contre deux parties, dont une est établie en France.

En effet, contrairement à ce que la cour de cassation souligne dans son arrêt, il est loin d'être établi que la clause de juridiction litigieuse soit contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I (I). Par ailleurs, l'introduction du

1 P. Ancel, G. Cuniberti, J.T.L. 2013, N°25, p.8; C. Brière, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, n°11-26.022, *Journal du droit international privé*, p.175 et suiv ; C. Nourissat, « Le caractère purement potestatif comme condition supplémentaire de validité d'une clause attributive de juridiction, ou quand le mieux est l'ennemi du bien... », *Revue Lamy Droit des Affaires*, N°80, mars 2013, p.51 ; L. Degos, D. Akchoti, « L'art délicat de la clause attributive de juridiction », *Sem.Jur. Ed.gén.*, N°5, 28 janvier 2013, p.183 ; E. Cornut, « Clause attributive de juridiction potestative », *Sem.Jur. Ed.gén.* N°41, 8 octobre 2012, p.1815 ; A. Simonet, « Du caractère potestatif d'une clause d'attribution de juridiction dans le règlement des litiges entre une banque privée et son client », publié sur www.agefi.fr; D. Martel, « A la découverte de la clause attributive de juridiction potestative », *D.* 2012, p.2876 ; C. Tahri, « Illicéité d'une clause attributive de juridiction purement potestative », *Dalloz actualité*, 15 octobre 2012 ; M.-E. Ansel, L. Marion, L. Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques », *Banque & Droit* 2013, p.3 ; l'arrêt est également mentionné dans bon nombre de blogs ou newsletters de différents cabinets d'avocats français et luxembourgeois.

concept de potestativité en matière de clauses de juridiction n'est que difficilement compréhensible et semble plutôt cacher la sanction d'un droit discrétionnaire dont on peut faire un usage abusif (II). La solution adoptée par la cour de cassation permet de garder le litige en France, ce qui paraît être le but du raisonnement, justifiant les moyens de droit utilisés dans l'arrêt (III).

I. Conformité de la clause litigieuse avec le Règlement Bruxelles I

Le Règlement Bruxelles I peut être qualifié de successeur de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il reprend l'essentiel des dispositions de celle-ci. L'essentiel seulement, car l'article 23 du Règlement Bruxelles I, par exemple, ne reprend pas l'intégralité de l'article 17 de la convention de Bruxelles, mais omet l'avant-dernier alinéa de cet article qui a la teneur suivante : « 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 ».

Même si l'article 23 du Règlement Bruxelles I ne reprend plus l'alinéa précité de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, la doctrine s'accorde à dire que le principe qui s'en dégage reste néanmoins toujours valable² : « à la différence de l'article 17 des conventions, l'article 23 du règlement n°44/2001 ne vise pas le cas de la clause stipulée en faveur d'une seule partie. Il ne s'agit pas d'une remise en cause du principe : la proposition de règlement présentée par la Commission ne commente pas cette omission. Les rédacteurs du règlement ont probablement estimé que le principe de validité d'une telle clause était acquis et qu'il était inutile de l'exprimer »³. D'autres auteurs vont dans le même sens et estiment que « cette possibilité de stipuler une clause de juridiction dans l'intérêt exclusif d'une des parties n'est pas expressément prévue par l'article 23 du Règlement, mais on peut penser qu'elle est couverte par la « convention contraire » des parties »⁴.

Dans l'affaire commentée, la Cour d'appel de Paris a également, à juste titre d'ailleurs, relevé que « si

l'article 23 du règlement ne vise pas, contrairement à l'article 17 des conventions, la clause stipulée en faveur d'une seule partie, il ne remet pas en cause le principe édicté par cet article et selon lequel, « 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 » »⁵.

Il faut dès lors conclure que les décisions prises dans le passé par la CJCE sous l'article 17 de la Convention de Bruxelles et les principes qui s'en dégagent sont toujours d'application⁶.

Or, sous la Convention de Bruxelles, la CJCE avait, dans la décision *Antérist*, clarifié la portée de l'article 17, en jugeant que « doivent être considérées comme des clauses dont les termes font ressortir qu'elles ont été stipulées à l'avantage exclusif d'une des parties, les clauses qui indiquent expressément la partie en faveur de laquelle elles l'ont été et celles qui, tout en précisant devant quels tribunaux chacune des parties doit attirer l'autre, donnent à l'une d'elles un plus grand choix de juridictions »⁷. La clause litigieuse semble être une telle clause, étant donné qu'elle permet à la banque de saisir un plus grand nombre de juridictions qu'à la cliente. Certains auteurs se demandent d'ailleurs si la clause litigieuse n'avait pas été rédigée sous l'empire de la Convention de Bruxelles et à son image, étant donné que le texte de l'article 17 de cette convention correspond si parfaitement à la clause soumise aux juridictions françaises⁸.

Le point crucial de l'arrêt commenté, était donc de savoir si la clause litigieuse se limite à donner à la banque un plus grand choix de juridictions, ou si, au contraire, elle confère à la banque un pouvoir discrétionnaire et illimité de saisir n'importe quelle juridiction. Sur ce point, les avis divergent.

En effet, certains auteurs estiment qu'« en abandonnant à la banque le choix de n'importe quelle juridiction, la clause ne satisfait pas aux critères d'application de l'article 23 du règlement Bruxelles I, dès lors qu'il n'y a pas eu accord des parties quant à la désignation d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre »⁹.

5 CA Paris, 18 octobre 2011, n°11/03572.

6 En sens contraire : C. Tahri, « Illicéité d'une clause attributive de juridiction purement potestative », *Dalloz actualité*, 15 octobre 2012 : « Il faut donc considérer que les clauses attributives de juridiction stipulées dans l'intérêt exclusif d'une partie ne sont plus valables ».

7 CJCE 24 juin 1984, aff. 22/85 (*Antérist*), point 15.

8 P. Ancel, G. Cuniberti, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, *J.T.L.* 2013, N°25, p.8.

9 C. Brière, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, n°11-26.022, *Journal du droit international privé*, p.175 etsuiv ; dans le même sens : L. Degos, D. Akhoti, « L'art délicat de la clause attributive de juridiction », *Sem.Jur. Ed.gén.*, N°5, 28 janvier 2013, p.183, qui ne remettent pas en cause les conclusions des juridictions françaises et concluent que « la clause conduisait en effet à abandonner le choix de la

D'autres auteurs cependant, auxquels la soussignée se rallie, estiment qu'en l'espèce, « la clause ne permettait pas à la banque de saisir n'importe quelle juridiction de son choix, mais seulement une juridiction « compétente ». L'expression semblait bien renvoyer implicitement aux règles de compétence de droit commun (européen), qui sont des éléments tout à fait objectifs paraissant suffisamment précis pour pouvoir déterminer les juges pouvant être saisis »¹⁰.

Pour apporter une réponse à cette question importante, qui constitue d'ailleurs le cœur du litige, il aurait fallu, sans nul doute, saisir la CJUE de la question. A travers le système des questions préjudicielles, la CJUE est en effet le garant de l'interprétation uniforme des textes européens. Ainsi, « en l'absence de disposition expresse du Règlement, la responsabilité ultime de l'élaboration d'un tel régime appartiendrait certainement à la Cour de Justice »¹¹.

Dans le passé, la CJUE a d'ailleurs insisté sur le fait que les clauses attributives de juridiction sont autonomes par rapport au contrat dont elles font partie et comme toutes notions employées par la convention de Bruxelles « doivent être interprétées de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de la convention »¹².

L'affaire soumise aux juridictions françaises aurait été l'occasion parfaite de soumettre au moins deux questions préjudicielles importantes à la CJUE, à savoir: d'une part, celle de savoir si le principe de la clause stipulée en faveur d'une seule partie reste valable sous le Règlement Bruxelles I et d'autre part, celle de savoir si la clause litigieuse est conforme à l'objet et à la finalité du règlement précité.

Or, au lieu de soumettre la question à la CJUE, la cour de cassation décide d'y répondre elle-même et estime que la clause ne liait que la cliente et avait de ce fait un caractère potestatif à l'égard de la banque.

II. Sanction d'une clause à caractère potestatif ou d'un droit discrétionnaire potentiellement abusif ?

Dans l'arrêt commenté, la cour de cassation estime que la clause de juridiction litigieuse revêt un caractère potestatif, et qu'elle serait, pour ce motif, contraire à l'objet et à la finalité de l'article 23 du Règlement Bruxelles I. « L'objet de l'article 23 du règlement Bruxelles I est d'octroyer aux parties la liberté de s'accorder sur le tribunal compétent rendant ainsi prévisible pour celles-ci le tribunal appelé à statuer sur le litige »¹³.

En reformulant la position de la cour, on pourrait dire que le caractère potestatif d'une clause de juridiction enlèverait *ipso facto* toute prévisibilité du tribunal appelé à statuer sur le litige et ne serait pas conforme au Règlement Bruxelles I.

Les auteurs qui ne sont pas d'accord avec la décision, contestent fermement l'utilisation de la notion de potestativité en présence d'une clause de juridiction et sont d'avis que « la solution trouve difficilement application à une convention attributive de compétence qui ne crée pas vraiment de rapport d'obligation entre un débiteur et un créancier »¹⁴.

Il est vrai qu'il est difficile de faire rentrer les clauses attributives de juridiction dans le moule des conditions potestatives : « le cadre habituel de la condition potestative paraît inadapté parce qu'il est impossible de déterminer a priori qui est le débiteur, si ce n'est en admettant qu'est débitrice la partie qui engage l'action en justice. Même ainsi, on voit bien qu'en l'espèce la solution ne convient pas dans la mesure où la partie qui saisit le juge ne bénéficie nullement d'une option dans le choix de la juridiction compétente. Nous serions ici face à une condition potestative prohibée dépendant de la volonté du créancier. Par ailleurs, admettre que la prorogation volontaire de compétence revêt un caractère potestatif serait un brouillage des frontières de la notion de condition avec une faculté contractuellement prévue »¹⁵.

Il est intéressant de noter que dans leurs décisions, ni la Cour d'appel, ni la cour de cassation ne visent l'article 1174 du Code civil, qui prévoit précisément

juridiction à la seule banque ».

10 P. Ancel, G. Cuniberti, J.T.L. 2013, N°25, p.8 ; dans le même sens : M.-E. Ancel, L. Marion, L. Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques », Banque & Droit 2013, p.3, qui estiment que « dans le cas d'une clause qui borne le choix du tribunal compétent par les règles de compétence objectives, le bénéficiaire ne fait que se soumettre à un tribunal compétent, tout en éludant la compétence des autres tribunaux également compétents. Aussi, enclâssé dans les compétences offertes par le règlement Bruxelles I, le choix du bénéficiaire de l'option était-il en réalité un choix fermé ».

11 P. Ancel, G. Cuniberti, J.T.L. 2013, N°25, p.8.

12 CJCE 3 juillet 1997, aff. 269/95 (*Benincasa*), point 12.

13 C. Brière, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, n°11-26.022, Journal du droit international privé, p.175 et suiv.

14 P. Ancel, G. Cuniberti, J.T.L. 2013, N°25, p.8.

15 D. Martel, « A la découverte de la clause attributive de juridiction potestative », D. 2012, p.2876, qui précise que : « la notion de condition potestative ne s'abstrait jamais de l'idée que l'obligation stipulée pèse sur un débiteur au profit d'un créancier comme le serait une obligation de livraison ou de payer. La distinction entre le débiteur et le créancier est d'ailleurs déterminante pour la validité des clauses puisque la potestativité est sanctionnée lorsqu'elle bénéficie au débiteur. »

que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. L'absence de ce visa s'explique probablement par le fait que l'article 1174 du Code civil est « conçu pour régir une modalité d'une obligation civile, n'est pas vraiment taillé pour gouverner une clause dont l'objet et l'effet sont avant tout d'ordre juridictionnel »¹⁶.

Les auteurs plus enclins à approuver la décision commentée, contournent la question de la maladresse de la cour d'avoir eu recours à la notion de la potestativité sans viser l'article 1174 du Code civil, et lui substituent les notions de subjectivité, d'abus, d'arbitraire ou de pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, certains voient dans la potestativité une sorte de pouvoir discrétionnaire subjectif qu'il ne faut pas laisser à la banque. Ces auteurs estiment que « s'il ne s'agit pas *stricto sensu* d'une condition en l'espèce, c'est la subjectivité inhérente à cette clause qui a conduit à la disqualification : puisque le choix de la juridiction compétente dépendait *in fine* de la volonté de la seule banque, la clause doit être réputée non écrite, bien que l'article 1174 du Code civil ne soit jamais visé par l'arrêt commenté »¹⁷.

D'autres encore voient dans l'annulation de la clause la sanction d'un risque que la banque fasse un usage abusif de la clause et de son droit de saisir n'importe quelle juridiction : « dans la relation contractuelle en cause, la banque en position d'imposer la clause d'élection de for s'est réservée une faculté discrétionnaire de saisir n'importe quelle juridiction. Le risque que la banque abuse du droit qu'elle s'est accordée est évident. Ce risque suivant lequel l'usage de la clause peut dégénérer en abus est en l'occurrence sanctionné par les magistrats »¹⁸. Il est cependant étonnant de lire que l'arrêt sanctionnerait un risque qui ne s'est même pas réalisé. Dans l'affaire commentée, il n'est même pas reproché à la banque d'avoir fait un usage abusif de son droit. Bien plus, comme le relève Etienne Cornut : « l'abus n'est pas ici apprécié *in concreto*, au regard du résultat de l'option, mais *in abstracto*, à raison de son existence et ses modalités mêmes »¹⁹.

C'est donc sous le couvert de la potestativité que la cour de cassation a écarté une clause de nature à générer un abus potentiel ou conférant un avantage à une seule partie²⁰. Ce faisant, la cour aurait pu se

limiter à écarter la partie de la clause de juridiction à caractère potestatif. Elle va cependant plus loin et écarte l'intégralité de la clause pour arriver au résultat souhaité.

III. La fin justifie-t-elle les moyens ?

La cour de cassation aurait pu se limiter à n'écarter que la seule deuxième phrase de la clause qualifiée de potestative. Ceci aurait conduit à retomber sur la compétence exclusive des juridictions luxembourgeoises. Or, la cour a préféré écarter la clause dans son intégralité, ce qui lui a permis d'attirer la compétence en France au titre de la connexité régie par l'article 6 (1) du Règlement Bruxelles I.

En effet, il ne faut pas oublier que l'action de la cliente n'était pas seulement introduite contre la seule banque, établie à Luxembourg, mais également contre la filiale de la banque, établie en France. Or, la compétence exclusive des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande contre la banque aurait interdit à la cliente de saisir directement les juridictions françaises de l'ensemble du litige, même en présence d'une connexité des deux litiges dirigées contre la banque et sa filiale française. « C'est qu'en effet, si la connexité permet de proroger la compétence des juges européens (règlement Bruxelles I, article 6 (1)), elle ne peut avoir pour effet de contrevenir à une clause attributive de juridiction (...). En revanche, la présence d'une clause attributive de juridiction n'interdit sans doute pas le jeu de l'exception (règlement Bruxelles I, article 28), qui vise non pas à proroger la compétence du juge saisi, mais bien au contraire à autoriser ce dernier à ne pas l'exercer et à se dessaisir au profit d'un autre juge »²¹.

Pour permettre de garder le litige en France, il fallait donc que la clause de juridiction soit écartée dans son ensemble, ce que les juridictions françaises ont réussi à faire *via* l'argument de la potestativité. D'ailleurs, dans l'arrêt en question, la cour de cassation s'est également prononcée sur l'application de l'article 6-1 du Règlement Bruxelles I, et jugé que les actions en responsabilité dirigées contre la banque et sa filiale avaient le même objet, et posaient la même question, de sorte qu'il y avait bien intérêt à les instruire et à les juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables, peu importe

16 M.-E. Ancel, L. Marion, L. Wynaendts, « Réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques », Banque & Droit 2013, p.3.

17 L. Degos, D. Akhoti, « L'art délicat de la clause attributive de juridiction », Sem.Jur. Ed.gén., N°5, 28 janvier 2013, p.183.

18 C. Brière, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, n°11-26.022, Journal du droit international privé, p.175 et suiv.

19 E. Cornut, « Clause attributive de juridiction potestative », Sem.Jur. Ed.gén. N°41, 8 octobre 2012, p.1815.

20 L. Degos, D. Akhoti, « L'art délicat de la clause attributive

de juridiction », Sem.Jur. Ed.gén., N°5, 28 janvier 2013, p.183 : « ce n'était alors pas la simple absence d'éléments objectifs permettant de désigner le tribunal compétent qui avait conduit à invalider la clause, mais la possibilité d'un abus, d'une fraude, en bref d'un avantage disproportionné laissé à l'appréciation subjective d'une seule partie, que la jurisprudence avait sanctionné, comme dans l'arrêt ici rapporté ».

21 G. Cuniberti, obs. sous Cass. 19 juin 2008, JTL 2009, p.56.

que les demandes soient éventuellement fondées sur des lois différentes. Cette solution a d'ailleurs également fait l'objet de critiques par certains auteurs²².

L'objectif présumé poursuivi par la cour de cassation, à savoir celle de garder le litige introduit devant les tribunaux français, ne semble pas justifier les moyens mis en œuvre pour écarter la clause.

En effet, la présence d'une telle clause dans les conditions générales d'une banque de droit luxembourgeois, n'est pas choquante et a son utilité pour toutes les parties contractantes. En effet, les clients des banques luxembourgeoises sont souvent des résidents étrangers, dont notamment les frontaliers travaillant à Luxembourg. Même s'il est toujours préférable de lier droit applicable et juridiction compétente, les créanciers veulent avoir la possibilité d'introduire une action contre leur débiteur devant les tribunaux de son domicile ou devant tout autre tribunal ayant compétence pour connaître de la demande.

Aussi, contrairement à ce que certains commentateurs de la décision pensent, prévoir une telle flexibilité au profit du créancier ne génère pas nécessairement un déséquilibre contractuel au détriment du débiteur, et ne permet pas nécessairement de faire du *forum shopping* de nature discrétionnaire et arbitraire²³. Une banque ne se réserve pas un tel droit pour assigner son client dans une juridiction lointaine pour ainsi obtenir un titre exécutoire contre son client en espérant qu'il soit défaillant. La finalité d'une telle clause est beaucoup plus pratique. Imaginons qu'un prêt ait été accordé par une banque à un client résidant en France, et qu'en garantie du remboursement de ce prêt la banque bénéficie d'une hypothèque sur un immeuble acheté en Allemagne avec les fonds prêtés. Il est certainement dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur si, en cas de non remboursement du prêt, la banque a la possibilité d'agir devant les juridictions allemandes pour obtenir le remboursement du prêt et la réalisation de la garantie, au lieu d'intenter des litiges dans plusieurs juridictions et de passer par des procédures d'exequatur, dont les frais seront probablement mis à la charge du débiteur.

Par ailleurs, les clauses de juridictions laissant à une partie contractante ou à un groupe de cocontractants une plus grande liberté dans le choix des juridictions compétentes ne se retrouvent pas seulement dans des conditions générales

imposées aux clients, mais également dans les transactions financières dans lesquelles une banque ou un consortium accorde un crédit à un groupe de sociétés disposant de filiales partout dans le monde. Il est important que le créancier ou le groupe de créanciers ait la possibilité d'introduire des actions dans les juridictions dans lesquelles chacune des sociétés ayant bénéficié du financement est établie ou dispose d'avoirs garantissant le remboursement du prêt.

Même si la décision critiquée concerne un litige entre une banque et sa cliente (personne physique potentiellement consommatrice et susceptible d'être protégée), elle a généré une insécurité juridique dans les transactions internationales, en particulier au sein l'espace judiciaire européen qui repose essentiellement sur la prévisibilité.

A noter que l'arrêt a été rendu près de trois mois avant l'entrée en vigueur du nouveau règlement (UE) N°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, abrogeant le Règlement Bruxelles I.

L'article 25 de ce nouveau règlement modifie les règles affectant la prorogation de compétence, et prévoit que « si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet Etat membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties »²⁴. Le considérant (20) du règlement rajoute que « lorsque la question se pose de savoir si un accord d'élection de for en faveur d'une ou des juridictions d'un Etat membre est entaché de nullité quant à sa validité au fond, cette question devrait être tranchée conformément au droit de l'Etat membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord, y compris conformément aux règles de conflits de lois de cet Etat membre ».

Une des nouveautés qui aurait dû affecter le raisonnement de la cour de cassation dans la présente affaire aurait donc été l'application du droit luxembourgeois à l'analyse de la validité de la clause de juridiction.

Il faudra attendre les décisions à venir, de préférence de la CJUE, pour voir si l'arrêt commenté restera cantonné aux faits de l'affaire et aura l'effet éphémère souhaité par de nombreux commentateurs.

22 P. Ancel, G. Cuniberti, J.T.L. 2013, N°25, p.8.

23 C. Brière, obs. sous Cass. 1^{re} civ, 26 sept.2012, n°11-26.022, Journal du droit international privé, p.175 et suiv : « La rupture d'égalité entre les parties qui résulte de la clause attributive de juridiction potestative est patente. En effet, une telle clause permet à son bénéficiaire de s'assurer d'un accès au for qui lui est le plus favorable tant sur le plan procédural que sur le fond ».

24 Règlement (UE) N°1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) *JOUE* du 20.12.2012, L 351/1.

2013 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

WWW.ALJB.LU

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P.L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000