



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. YVES BOT
présentées le 23 avril 2015¹

Affaire C-366/13

**Profit Investment SIM SpA, en liquidation,
contre
Stefano Ossi,
Andrea Mirone,
Commerzbank AG**

[demande de décision préjudicielle formée par la Corte suprema di cassazione (Italie)]

«Espace de liberté, de sécurité et de justice — Règlement (CE) n° 44/2001 — Article 23 —
Prorogation de compétence — Clause insérée dans un prospectus d'émission de titres indexés sur un
risque de crédit — Opposabilité au tiers acquéreur de ces titres»

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 5, point 1, sous a), de l'article 6, point 1, et de l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale².
2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Profit Investment SIM SpA³, en liquidation, à Commerzbank AG⁴, à Profit Holding SpA⁵, en liquidation, à E3 SA⁶, à Redi & Partners Ltd⁷ ainsi qu'à MM. Ossi, Magli, Redi, Mirone et Fiore à la suite de l'émission par Commerzbank d'instruments financiers souscrits par Profit et Profit Holding par l'intermédiaire de Redi.
3. La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de la notion de «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, sur celle du lien de connexité permettant, en application de l'article 6, point 1, de ce règlement, d'attirer devant le tribunal du domicile d'un défendeur un codéfendeur domicilié à l'étranger, ainsi que sur les conditions de validité et d'opposabilité aux tiers des clauses de prorogation de compétence prévues à l'article 23 dudit règlement. La présente demande de décision préjudicielle lui donne l'occasion de confirmer les lignes dominantes de sa conception, tout en lui permettant d'apporter des éclaircissements complémentaires.

1 — Langue originale: le français.

2 — JO 2001, L 12, p. 1.

3 — Ci-après «Profit».

4 — Ci-après «Commerzbank».

5 — Ci-après «Profit Holding».

6 — Ci-après «E3».

7 — Ci-après «Redi».

4. Dans les présentes conclusions, nous soutiendrons qu'il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite posée par l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, dans le cas de l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans le prospectus d'émission de titres, tels que les titres indexés sur un risque de crédit, en cause au principal, que si le contrat signé par les parties mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus et qu'une telle clause ne peut être opposée au tiers qui a acquis les titres auprès d'un intermédiaire financier que s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à cette clause dans les conditions énoncées à cet article. Nous ferons valoir, toutefois, que la validité et l'efficacité de cette clause peuvent être reconnues si son insertion dans le prospectus peut être regardée comme une forme admise par un usage du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose.

5. Nous exposerons, en outre, les raisons pour lesquelles doit être regardée comme relevant de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, l'action tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes versées sur le fondement de l'acte nul.

6. Nous indiquerons, enfin, que, pour qu'il y ait connexité entre deux demandes présentées contre plusieurs défendeurs, au sens de l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, il ne suffit pas que l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles soit potentiellement apte à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cas de l'autre.

I – Le cadre juridique

7. L'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001, qui fait partie du chapitre II de celui-ci, section 1, intitulée «Dispositions générales», énonce que, «[s]ous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre».

8. L'article 5 de ce règlement, qui figure au même chapitre II, section 2, intitulée «Compétences spéciales», dispose:

«Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée, dans un autre État membre:

- 1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;

[...]»

9. L'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, qui figure également au même chapitre II dudit règlement, prévoit:

«Cette même personne peut aussi être attirée:

- 1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient 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».

10. L'article 23, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 44/2001, qui figure au chapitre II, section 7, intitulée «Prorogation de compétence», dispose:

«1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.»

II – Le litige au principal et les questions préjudicielles

11. Au mois de mai 2004, Dresdner Bank AG, devenue Commerzbank, dont le siège social est situé en Allemagne, a lancé sur le marché un programme d'émission de titres indexés sur un risque de crédit, dénommés «credit linked notes»⁸. Le règlement général du programme ainsi que les conditions d'émission étaient définis dans un prospectus de base en date du 5 mai 2004, dénommé «memorandum d'information» («Information memorandum»)⁹, approuvé, selon Commerzbank, par l'Irish Stock Exchange [Bourse de Dublin (Irlande)].

12. Ce document comportait, au point 16 des «Modalités et des conditions des titres» («Terms and conditions of the Notes»), la clause insérée au point b), intitulé «Droit et compétence» («Law and jurisdiction»), selon laquelle les juridictions anglaises ont compétence exclusive pour régler tout litige résultant des titres ou lié à ceux-ci.

13. Dans le cadre de ce programme d'émission, Commerzbank a, le 22 octobre 2004, commercialisé à hauteur d'un montant total de 2 300 000 euros des CLN liés à l'entité de référence E3, ayant son siège social au Luxembourg, selon des modalités précisées dans une «note complémentaire» («pricing supplement»).

8 — Ci-après les «CLN». Imaginés par la pratique financière, les CLN sont des instruments financiers dérivés qui permettent à un émetteur, dénommé «acheteur de protection», de transférer à un investisseur, dénommé «vendeur de protection», un risque de crédit en contrepartie d'un droit à rémunération potentiellement supérieur à un taux sans risque. Le droit au remboursement du capital à l'échéance est subordonné à l'absence de survenance de l'un des risques de crédit affectant une entité sous-jacente, dénommée «entité de référence». Les titres peuvent être émis à capital garanti ou à capital non garanti. Dans cette dernière hypothèse, en cas de survenance d'un événement de crédit affectant l'entité de référence, le souscripteur peut être remboursé soit selon un taux de recouvrement («règlement en numéraire»), soit en titres de l'entité défaillante («règlement physique»). Voir, sur ces instruments, Henderson, S. K., «Credit Derivatives», *Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 1, spécialement p. 4, point 1.005; Bonneau, T., et Drummond, F., *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Economica, Paris, 2010, point 145, p. 218, ainsi que Gauvin, A., *Droit des dérivés de crédit*, Revue banque, Paris, 2003, p. 103 et suiv.

9 — Ci-après le «memorandum».

14. Par l'intermédiaire de Redi, dont le siège social est situé au Royaume-Uni, habilitée à exercer l'activité d'intermédiation financière par la Financial Services Authority (autorité britannique de surveillance des marchés), ces titres ont été acquis le 27 octobre 2004, à hauteur de 1 100 000 euros par Profit, dont le siège social est situé en Italie, et à hauteur de 1 200 000 euros par Profit Holding, société mère de Profit et dont le siège social est également établi en Italie.

15. E3 n'ayant pas, au printemps 2006, exécuté ses obligations, Commerzbank a notifié cet événement et a procédé, le 5 juillet 2006, à l'extinction des CLN par la délivrance à Profit du nombre correspondant de titres de E3, devenue insolvable.

16. Après avoir été mise en liquidation administrative forcée, Profit a agi devant le Tribunale di Milano (tribunal de Milan, Italie) à l'encontre de Commerzbank, de Profit Holding, de Redi et de E3 ainsi que de MM. Ossi et Magli, respectivement membre du conseil d'administration et directeur général de Profit, et de M. Fiore, associé de E3, tous trois domiciliés en Italie.

17. Profit a formulé deux demandes. La première vise à obtenir la nullité, pour déséquilibre du contrat, défaut ou insuffisance de cause, des conventions qui l'ont conduite à acquérir les CLN ainsi que la restitution des sommes versées. La seconde tend à faire reconnaître, sur le fondement de l'article 2497 du code civil italien¹⁰, la responsabilité de Profit Holding, de Redi ainsi que de MM. Ossi, Magli et Fiore et à obtenir la réparation du préjudice subi.

18. Commerzbank a fait appeler en cause M. Redi, associé de Redi, et M. Mirone, qui avait contribué à la conception et à la réalisation de l'opération pour le compte de Redi, domicilié au Royaume-Uni, afin qu'ils soient condamnés à réparer le dommage subi pour le cas où la demande principale de Profit serait accueillie.

19. Commerzbank ainsi que MM. Ossi et Mirone ayant contesté la compétence de la juridiction italienne, Profit a demandé que la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie) statue à titre préalable sur la question de la compétence.

20. Nourrissant des doutes sur l'interprétation de l'article 5, point 1, de l'article 6, point 1, et de l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, la Corte suprema di cassazione a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Le rapport entre des affaires différentes, envisagé à l'article 6, point 1, du règlement [n°] 44/2001, peut-il, ou non, être réputé existant dans un cas où l'objet des demandes formées dans les deux actions est différent, tout comme l'est le titre qui sert de fondement aux demandes en justice, sans qu'il y ait un lien de subsidiarité ou d'incompatibilité logico-juridique entre elles, mais où l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles est potentiellement apte, en fait, à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cadre de l'autre demande?
- 2) La condition tenant à la forme écrite de la clause de prorogation de compétence, énoncée à l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement [n°] 44/2001, peut-elle, ou non, être réputée remplie en cas d'insertion d'une telle clause dans le [memorandum] rédigé unilatéralement par l'émetteur d'un prêt obligataire, avec pour conséquence de rendre applicable la prorogation de compétence aux litiges nés avec tout acquéreur ultérieur de ces obligations quant à la validité de celles-ci; ou peut-on, sinon, considérer que l'insertion de la clause de prorogation de compétence dans le document visant à réglementer un prêt obligataire destiné à connaître une circulation transfrontalière correspond à une forme admise par les usages du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du même règlement?

10 — Cet article est relatif à la responsabilité de la société mère en cas de violation des principes de bonne gestion.

- 3) La ‘matière contractuelle’ visée à l’article 5, point 1, dudit règlement doit-elle s’entendre comme limitée seulement aux litiges dans lesquels on entend invoquer le rapport juridique résultant du contrat ainsi qu’à ceux qui dépendent étroitement de ce rapport ou s’étend-elle aussi aux litiges dans lesquels la partie demanderesse, loin d’invoquer le contrat, conteste l’existence d’un lien contractuel juridiquement valide et vise à obtenir la restitution de ce qui a été versé sur le fondement d’un titre dépourvu, selon elle, de toute valeur juridique?»

III – Notre appréciation

A – *Observations liminaires*

1. La méthode d’interprétation des dispositions du règlement n° 44/2001

21. Il convient, d’emblée, de rappeler trois règles qui président à l’interprétation des dispositions du règlement n° 44/2001.

22. Premièrement, dans la mesure où le règlement n° 44/2001 remplace, dans les relations entre les États membres, la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale¹¹, telle que modifiée par les conventions successives relatives à l’adhésion des nouveaux États membres à cette convention¹², l’interprétation fournie par la Cour en ce qui concerne les dispositions de ladite convention vaut également pour celles du règlement n° 44/2001, lorsque les dispositions de ces instruments peuvent être qualifiées d’équivalentes¹³. Tel est le cas en ce qui concerne l’article 5, point 1, sous a), et l’article 23, paragraphe 1, de ce règlement par rapport, respectivement, à l’article 5, point 1, et à l’article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles¹⁴. Quant à l’article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, s’il n’a pas d’équivalent dans la convention de Bruxelles, il se limite à consacrer un principe que la Cour a déduit de l’article 6, point 1, de cette convention¹⁵, de sorte que l’interprétation antérieurement donnée par la Cour conserve tout son intérêt.

23. Deuxièmement, pour des raisons tirées notamment de la nécessité d’assurer l’application uniforme du règlement n° 44/2001, la Cour a jugé que les dispositions de ce règlement doivent être interprétées de manière autonome, en se référant au système et aux objectifs de celui-ci¹⁶.

24. Troisièmement, la Cour a jugé que les règles de compétences spéciales contenues dans le chapitre II, section 2, du règlement n° 44/2001 sont d’interprétation stricte, ne permettant pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par ledit règlement¹⁷. Elle a, de même, considéré que les conditions auxquelles est subordonnée la validité des clauses d’attribution de juridiction sont d’interprétation stricte, dans la mesure où ces clauses dérogent aux règles générales de détermination de la compétence¹⁸.

11 — JO 1972, L 299, p. 32.

12 — Ci-après la «convention de Bruxelles».

13 — Voir arrêts Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, point 18 et jurisprudence citée) ainsi que Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, point 19 et jurisprudence citée).

14 — Voir, pour l’article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, arrêt Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, point 19), et, pour l’article 23, paragraphe 1, de ce règlement, arrêt Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, point 19).

15 — Voir arrêt Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459).

16 — Voir arrêt A (C-112/13, EU:C:2014:2195, point 50 et jurisprudence citée).

17 — Voir arrêt Kainz (C-45/13, EU:C:2014:7, points 21 et 22 ainsi que jurisprudence citée). Voir, également, arrêt OTP Bank (C-519/12, EU:C:2013:674, point 23 et jurisprudence citée).

18 — Voir, en ce sens, arrêt Berghoefer (221/84, EU:C:1985:337, point 13 et jurisprudence citée).

25. C'est en appliquant ces règles d'interprétation que nous répondrons aux questions posées par la juridiction de renvoi.

2. L'ordre d'examen des questions

26. La juridiction de renvoi ne doute pas que l'action en responsabilité dirigée contre Profit Holding, Redi ainsi que MM. Ossi, Magli et Fiore ressortit au juge italien, dans la mesure où plusieurs des défendeurs à cette action résident en Italie. Il lui semble, en revanche, plus douteux que l'action en nullité des actes ayant conduit à l'acquisition des CLN et en restitution du prix payé puisse relever de la compétence du juge italien, alors que cette action doit, compte tenu de son objet, être considérée comme étant dirigée exclusivement contre Commerzbank et Redi, qui ont toutes deux leur siège social hors d'Italie.

27. Selon elle, la réponse à cette question dépend, en premier lieu, du point de savoir s'il existe entre ces deux demandes un lien étroit, au sens de l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, qui impliquerait que les juridictions italiennes, compétentes pour connaître de la demande en réparation des dommages, soient également compétentes pour statuer sur la demande de restitution du prix résultant de la nullité alléguée des transactions.

28. Ce n'est que dans l'hypothèse où la réponse fournie par la Cour conduirait à exclure l'existence d'un tel lien justifiant de juger ensemble les deux demandes qu'il conviendrait, en deuxième lieu, de vérifier si la demande de restitution du prix de vente des CLN ne pourrait pas être considérée, en elle-même, comme relevant de la compétence du juge italien. La Corte suprema di cassazione suggère de procéder à cette vérification en deux étapes, d'abord en recherchant quelle valeur doit être reconnue à la clause de prorogation de compétence contenue dans le memorandum, puis, pour le cas où cette clause serait dépourvue de valeur, en déterminant si relève de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001, le litige dans lequel le demandeur conteste l'existence d'un lien contractuel valable et entend obtenir la restitution de ce qui a été versé sur le fondement d'un acte dépourvu, selon lui, de toute valeur juridique.

29. Nous estimons que, avant de répondre aux première et troisième questions posées par la juridiction de renvoi, qui sont relatives à des compétences optionnelles, il convient d'examiner d'abord la deuxième question dans la mesure où elle concerne une compétence exclusive. À cet égard, il ressort de la jurisprudence que l'effet découlant de la clause de prorogation de compétence est d'exclure tant la compétence déterminée par le principe général consacré par l'article 2 du règlement n° 44/2001 que les compétences spéciales des articles 5 et 6 de ce règlement¹⁹. Il en résulte que, si la juridiction de renvoi devait, sur le fondement de la réponse donnée à la deuxième question, conclure que la clause de prorogation de compétence contenue dans le memorandum peut être valablement opposée à Profit, elle serait donc nécessairement amenée à se déclarer incompétente pour statuer sur l'action en nullité et en restitution du prix de vente, laquelle devrait être portée devant les juridictions anglaises, quand bien même cette action relèverait de la matière contractuelle ou entretiendrait un rapport étroit avec l'action en responsabilité.

30. La circonstance que l'action vise, notamment, à faire constater la nullité des transactions ayant abouti à l'achat des CLN par Profit ne remet pas en cause les considérations qui précèdent, dans la mesure où, en vertu du principe de l'autonomie de cette clause, la juridiction d'un État contractant, conventionnellement désignée, est également exclusivement compétente lorsque l'action vise à faire constater la nullité du contrat qui contient ladite clause²⁰.

19 — Voir, en ce sens, arrêt MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, point 14 et jurisprudence citée).

20 — Voir, en ce sens, arrêt Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, point 32).

31. En outre, contrairement à la Commission européenne, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'examiner la question de savoir si l'action en restitution relève de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001, avant d'analyser la validité et l'efficacité de la clause de prorogation de compétence.

32. Il est vrai que, pour déterminer si celui auquel on l'oppose a donné son consentement à la clause attributive de juridiction, visée à l'article 23 du règlement n° 44/2001, la Cour emprunte la définition générale et abstraite de la matière contractuelle, élaborée dans le cadre de l'interprétation de l'article 5, point 1, de ce règlement, en recherchant l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre²¹.

33. Toutefois, l'existence d'une zone de chevauchement résultant d'une commune exigence d'un rapport contractuel ne nous semble pas imposer une réponse préalable à la troisième question, car il ressort de la décision de renvoi que cette question est destinée à dissiper un doute de la Corte suprema di cassazione non pas sur l'existence d'un rapport juridique résultant d'un contrat, qui est présumée²², même si ce postulat mérite d'être discuté, mais seulement sur le point de savoir si le fait que le demandeur agit non pas en exécution du contrat, mais en nullité et en restitution du prix payé fait sortir l'action exercée du champ contractuel.

34. Nous commencerons donc par l'examen de la deuxième question relative à l'efficacité de la clause attributive de juridiction insérée dans le memorandum.

35. La juridiction de renvoi partant de la prémisse que Redi est intervenue en qualité de «distributeur [qui] a vendu» les CLN émises par Commerzbank à Profit, nous considérons qu'il convient de distinguer les rapports qui se sont établis entre Redi et Profit des relations de Profit avec Commerzbank.

B – Sur la deuxième question

36. Par sa deuxième question qui, bien que scindée en deux parties, doit être divisée en trois branches, la juridiction de renvoi demande, en substance, d'abord, s'il est satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, lorsqu'une clause attributive de juridiction est contenue dans un prospectus d'émission de titres, tels que les CLN en cause au principal, rédigé unilatéralement par l'émetteur de ces titres, ensuite, si cette clause peut être opposée à tout souscripteur desdits titres et, enfin, en cas de réponse négative aux deux questions précédentes, si l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans un tel document correspond à un usage régissant le domaine du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001.

37. Cette division tripartite de la question s'impose dans la mesure où la première branche nous paraît concerner exclusivement la validité de la clause de prorogation de compétence dans les rapports entre les parties au contrat dans lequel celle-ci est contenue, tandis que la deuxième branche porte sur la transmissibilité de cette clause aux acquéreurs successifs des titres. Quant à la troisième branche de la question, elle recouvre ces deux aspects et concerne, plus globalement, l'efficacité de la clause à l'égard de tout acquéreur ou sous-acquéreur des titres.

21 — Voir, en ce sens, arrêt Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62).

22 — La formulation de la question le démontre, puisqu'elle présuppose l'existence d'un contrat dont la valeur juridique est contestée.

1. Sur la première branche de la deuxième question

38. La jurisprudence s'est montrée invariablement rigoureuse dans l'interprétation des exigences de forme prévues à l'article 17, premier alinéa, sous a), de la convention de Bruxelles, puis à l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, lequel subordonne la validité de la clause d'élection de for à l'existence d'une convention conclue «par écrit ou verbalement avec confirmation écrite».

39. La Cour a jugé que l'inscription d'une clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales de vente de l'une des parties, imprimées au verso d'une convention écrite ne satisfait à l'exigence de forme écrite que si le contrat signé par les deux parties comporte un renvoi exprès à ces conditions générales²³.

40. Dans le cas d'un contrat conclu verbalement, elle a considéré, tout en mettant à part le cas des rapports commerciaux courants entre les parties, que la clause de prorogation de compétence ne pouvait produire effet que si la confirmation écrite du vendeur avec communication des conditions générales de vente avait donné lieu à une acceptation écrite de l'acheteur²⁴.

41. Se plaçant exclusivement du point de vue de l'existence d'un consentement à la prorogation de compétence, la Cour a jugé, à propos de l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, que, en subordonnant la validité d'une clause attributive de juridiction à l'existence d'une «convention» entre les parties, cette disposition imposait au juge saisi l'obligation d'examiner, en premier lieu, si la clause avait fait effectivement l'objet d'un consentement entre les parties, devant se manifester d'une manière claire et précise²⁵. Conformément à sa méthode d'interprétation téléologique, elle a considéré qu'«[i]l y a[vait] lieu d'interpréter l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001 en ce sens que, à l'instar de l'objectif poursuivi par l'article 17, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, la réalité du consentement des intéressés est l'un des objectifs de cette disposition»²⁶.

42. Il résulte donc clairement de cette jurisprudence que le consentement à la clause de prorogation de compétence ne peut être simplement tacite ni déduit des circonstances. Sauf dans les cas prévus à l'article 23, paragraphe 1, sous b) et c), du règlement n° 44/2001, l'efficacité d'une telle clause est, au contraire, subordonnée à un consentement exprès manifesté par l'utilisation d'un des modes formels d'expression prévus à l'article 23, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 2, de ce règlement.

43. Pour rigoureuses qu'elles puissent paraître, ces exigences de forme sont, selon nous, justifiées, dans la mesure où elles permettent de protéger la partie contractante la plus faible contre le risque d'insertion d'une clause de prorogation de compétence sur laquelle son attention n'aurait pas été attirée de façon suffisamment claire²⁷.

44. Au regard desdites exigences, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, la question posée par la juridiction de renvoi ne peut recevoir qu'une réponse négative, la condition tenant à la forme écrite ne pouvant être réputée remplie par la seule insertion de la clause attributive de juridiction dans le memorandum rédigé unilatéralement par l'émetteur des CLN.

23 — Arrêt *Estasis Saloti di Colzani* (24/76, EU:C:1976:177, point 10).

24 — Arrêt *Galleries Segoura* (25/76, EU:C:1976:178, point 12).

25 — Voir arrêts *Coreck* (C-387/98, EU:C:2000:606, point 13 et jurisprudence citée) ainsi que *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, point 27).

26 — Arrêt *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, point 28 et jurisprudence citée).

27 — Voir, en ce sens, arrêt *MSG* (C-106/95, EU:C:1997:70, point 17).

45. Ainsi que le fait remarquer la Commission, il pourrait, toutefois, en aller autrement s'il était établi que la clause avait fait l'objet d'un accord au moment de la conclusion du contrat entre Profit et Redi. Selon nous, l'adhésion expresse de Profit à la clause pourrait résulter soit d'une reprise de celle-ci dans la convention, soit d'un renvoi exprès au memorandum. Nous noterons, toutefois, qu'il résulte de la décision de renvoi que les conditions qui figuraient dans le memorandum ne paraissent pas avoir été spécifiquement reprises dans les documents contractuels signés par les acquéreurs des CLN.

46. Dès lors, nous proposons à la Cour de répondre à la première branche de la deuxième question qu'il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite posée par l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, dans le cas de l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans le prospectus d'émission de titres, tels que les CLN en cause au principal, que si le contrat signé par les parties mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus.

2. Sur la deuxième branche de la deuxième question

47. À la question de savoir si, dans le contexte d'une action en responsabilité engagée par le sous-acquéreur d'un bien contre le fabricant de celui-ci, la clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant du bien et l'acquéreur de celui-ci peut être opposée au sous-acquéreur, la Cour, dans son arrêt Refcomp²⁸, a apporté une réponse très nette en considérant que la clause ne pouvait pas produire d'effet à l'égard du sous-acquéreur qui n'y avait pas consenti. Se fondant sur l'absence de lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, elle a relevé qu'«ils ne [pouvaient] être considérés comme étant 'convenus', au sens de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001, du tribunal désigné comme compétent dans le contrat initial conclu entre le fabricant et le premier acquéreur»²⁹.

48. La Cour a, toutefois, reconnu, dans son arrêt Powell Duffryn³⁰, l'opposabilité de la clause insérée dans les statuts d'une société anonyme aux futurs actionnaires, dès lors que l'adhésion de l'actionnaire aux statuts de la société crée tant entre l'actionnaire et la société qu'entre les actionnaires eux-mêmes un rapport qui doit être considéré comme contractuel³¹. Dans son arrêt Russ³², la Cour a également admis, en matière de transport maritime, l'opposabilité de la clause insérée dans un connaissance au tiers porteur dès lors que celui-ci succède, en vertu du droit national applicable, au chargeur dans ses droits et ses obligations³³.

49. En l'état de cette jurisprudence, faut-il admettre, sur le modèle des statuts d'une société ou du connaissance maritime, la transmission de la clause attributive de juridiction figurant dans le memorandum aux acquéreurs successifs des CLN ou, au contraire, refuser cette transmission en l'absence de relation contractuelle entre l'émetteur des titres et le sous-acquéreur?

50. C'est, selon nous, en faveur de la seconde branche de l'alternative que cette question doit être tranchée.

28 — C-543/10, EU:C:2013:62.

29 — Point 33.

30 — C-214/89, EU:C:1992:115.

31 — Points 15 à 17.

32 — 71/83, EU:C:1984:217.

33 — Points 24 à 26. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606, points 23 à 27).

51. Le principe, constamment réaffirmé par la jurisprudence, selon lequel le consentement des intéressés est nécessaire pour que la clause attributive de juridiction puisse jouer nous paraît conduire inéluctablement à cette solution. En effet, dès lors qu'il n'existe aucun lien contractuel entre Profit et Commerzbank, celles-ci n'ayant assumé aucune obligation de nature contractuelle l'une envers l'autre, il y a lieu d'en déduire qu'elles ne peuvent être considérées comme étant «convenues», au sens de l'article 23, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001, du tribunal désigné comme compétent³⁴.

52. L'argument du gouvernement du Royaume-Uni selon lequel Commerzbank a accepté d'être liée par les conditions d'émission exprimées dans le memorandum nous paraît inopérant, puisque la question est de savoir non pas si Profit peut opposer la clause à Commerzbank, mais, inversement, si cette banque peut opposer la clause à Profit. Quant à l'argument de ce même gouvernement selon lequel Profit est censée avoir consenti à la clause attributive de juridiction en acquérant les titres, il ne nous paraît pas exact, puisque le consentement doit se manifester de manière expresse, sans pouvoir être déduit de l'acquisition des titres.

53. En outre, contrairement à ce que soutient Commerzbank, nous ne pensons pas que l'opposabilité de la clause au sous-acquéreur puisse être déduite de la règle selon laquelle dès lors qu'un investisseur acquiert des titres obligataires, aussi bien sur le marché primaire que sur le marché secondaire, il manifeste nécessairement sa volonté d'accepter pleinement, intégralement et inconditionnellement l'ensemble des dispositions figurant dans le règlement d'émission. Cette analyse nie, en effet, le particularisme de la clause d'élection de for qui obéit à des règles spécifiques reposant sur la nécessaire adhésion de celui auquel on l'oppose.

54. Nous n'ignorons pas que la Cour a atténué la rigueur de sa jurisprudence dans le cas particulier du connaissance maritime et du contrat de société. Cependant, dans son arrêt Refcomp³⁵, elle a cantonné la portée de sa jurisprudence en indiquant qu'elle devait être appréciée en tenant compte du caractère très particulier du connaissance, qui constitue un instrument du commerce international destiné à régir une relation impliquant au moins trois personnes et un titre négociable permettant au propriétaire de céder les marchandises, pendant leur acheminement, à un acquéreur qui devient le titulaire de tous les droits et les obligations du chargeur vis-à-vis du transporteur³⁶.

55. Cette jurisprudence est fondée sur une analyse du contrat de transport en tant que contrat tripartite, qui ne nous paraît pas pouvoir être transposée à l'hypothèse de l'émission de titres, tels que les CLN en cause au principal, qui relèvent de la catégorie des titres de créance. Pas plus la solution dégagée pour l'actionnaire d'une société ne peut-elle être transposée au porteur d'un titre de créance qui, à la différence de l'actionnaire, titulaire d'un droit sur le capital de la société, ne dispose que d'un droit de créance. L'exception en matière de société s'explique par l'idée que les personnes qui ont adhéré à la personne morale en acquérant des actions sont devenues parties au contrat constitutif de cette dernière. Cette justification ne se retrouve pas dans le contexte de l'acquisition de titres, tels que les CLN en cause au principal.

56. Telles sont les raisons qui nous amènent à répondre à la deuxième branche de la deuxième question que l'article 23 du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction contenue dans le document d'information rédigé unilatéralement par l'émetteur d'instruments financiers ne peut être opposée au tiers qui a acquis ces instruments auprès d'un intermédiaire financier que s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à cette clause dans les conditions énoncées à cet article.

34 — Voir, en ce sens, arrêt Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), rendu dans un contexte particulier relatif à l'acquisition de certificats au porteur.

35 — C-543/10, EU:C:2013:62.

36 — Point 35.

3. Sur la troisième branche de la deuxième question

57. La troisième branche de la deuxième question ne nous paraît pas poser de difficultés particulières, dans la mesure où elle a déjà largement trouvé une réponse dans la jurisprudence de la Cour.

58. À cet égard, s'agissant de la portée de la constatation de l'existence d'un usage du commerce international, connu des parties, la Cour a jugé que le consentement des parties contractantes à la clause attributive de compétence est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance³⁷. L'existence d'un usage que les parties sont censées connaître vaut donc présomption de consentement à la clause attributive de juridiction. Il a été également jugé, s'agissant de la constatation de l'existence d'un usage, qu'il incombe au juge national d'apprécier si le contrat en question entre dans le cadre du commerce international et de vérifier l'existence d'un usage dans la branche du commerce international dans laquelle les parties en cause opèrent³⁸.

59. La Cour a, toutefois, donné aux juridictions nationales des directives générales sur la manière de procéder à la constatation de l'existence d'un usage et de sa connaissance par les parties.

60. D'une part, l'existence d'un usage, qui doit être constatée dans la branche commerciale dans laquelle les parties contractantes exercent leur activité, est établie lorsqu'un certain comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans cette branche lors de la conclusion de contrats d'un certain type³⁹.

61. D'autre part, la connaissance effective ou «présumée» de l'usage par les parties contractantes peut être établie, notamment, en démontrant que les parties avaient auparavant noué des rapports commerciaux entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré ou que, dans ce secteur, un certain comportement est suffisamment connu, du fait qu'il est généralement et régulièrement suivi lors de la conclusion d'un certain type de contrats, pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée⁴⁰. Ainsi, contrairement à ce qu'a laissé entendre la Commission lors de l'audience, il ressort clairement de cette jurisprudence que la connaissance de l'usage n'a pas à être prouvée, puisqu'elle peut être présumée lorsqu'il est démontré que la partie auquel on l'oppose est «censée» le connaître.

62. L'application de ces règles conduit à répondre à la troisième branche de la deuxième question que l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans le document destiné à définir les conditions d'émission de titres, tels que les CLN en cause au principal, peut être regardée comme une forme admise par un usage du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose, pour autant qu'il est notamment établi, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier, d'une part, qu'un tel comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans la branche considérée lors de la conclusion de contrats de ce type et, d'autre part, soit que les parties entretenaient auparavant des rapports commerciaux suivis entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré, soit que le comportement en cause est suffisamment connu pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée.

37 — Voir arrêts MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, point 19) et Castelletti (C-159/97, EU:C:1999:142, point 21).

38 — Ibidem (respectivement point 21 et point 23).

39 — Ibidem (respectivement point 23 et point 26).

40 — Voir arrêt MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, point 24).

C – Sur la troisième question

63. Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si doit être regardée comme relevant de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, l'action tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes versées sur le fondement de l'acte nul.

64. Nous écarterons, d'emblée, la possibilité de retenir la nature contractuelle de l'action exercée par Profit à l'encontre de Commerzbank puisque, en l'absence de lien contractuel les unissant, l'action de la première à l'encontre de la seconde ne peut, quel que soit le résultat auquel elle tend, être qualifiée de «contractuelle». La question ne se pose donc, selon nous, que dans les rapports entre Profit et Redi.

65. L'examen de cette question nécessite un rappel de la jurisprudence applicable.

66. Dans son arrêt *Sanders*⁴¹, qui concernait la compétence des tribunaux de l'État où l'immeuble est situé, en matière de baux d'immeubles, la Cour a jugé que la compétence exclusive demeure même en cas de contestation relative à l'existence du contrat qui fait l'objet du litige⁴².

67. En outre, la Cour, saisie d'une demande de décision préjudicielle portant, en substance, sur la question de savoir si la compétence spéciale en matière contractuelle doit s'appliquer lorsque le défendeur, actionné en exécution d'une obligation contractuelle, soulève une exception d'incompétence en contestant l'existence même du contrat, a, dans son arrêt *Effer*⁴³, relevé que «la compétence du juge national pour décider des questions relatives à un contrat inclut celle pour apprécier l'existence des éléments constitutifs du contrat lui-même, une telle appréciation étant indispensable pour permettre à la juridiction nationale saisie de vérifier sa compétence»⁴⁴. Elle en a déduit que «le requérant bénéficie du for du lieu d'exécution du contrat [...] même si la formation du contrat qui est à l'origine du recours est litigieuse entre les parties»⁴⁵.

68. La première question qui se pose est de savoir si cette solution dégagée dans l'hypothèse où la contestation sur l'existence du contrat serait invoquée en défense à une action tendant à l'exécution de celui-ci peut être transposée à l'hypothèse d'une action principale en nullité du contrat.

69. La seconde question consiste à déterminer, en cas de réponse positive à la première question, si le juge qui examine si le contrat est nul est également compétent pour statuer sur les conséquences de cette nullité et, notamment, sur les restitutions consécutives à son prononcé.

70. Nous proposerons de répondre positivement à la première question. Cinq arguments peuvent, à cet égard, être avancés.

71. Premièrement, un argument d'ordre théorique peut être trouvé dans le fait que la nullité est la sanction de la méconnaissance des règles de formation du contrat⁴⁶. La demande en nullité, qui repose sur la violation de ces règles, lesquelles relèvent de la matière contractuelle, est bien en lien avec un contrat, même si elle tend à obtenir non pas son exécution, mais sa nullité. Selon la formule utilisée par un auteur de doctrine, «un litige sur la validité du contrat est toujours un litige 'en matière contractuelle'»⁴⁷.

41 — 73/77, EU:C:1977:208.

42 — Point 22 qui, il est vrai, déduit la solution des termes exprès de l'article 16 de la convention de Bruxelles.

43 — 38/81, EU:C:1982:79.

44 — Point 7.

45 — Point 8.

46 — Voir Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, Paris, 2011, qui définit la nullité comme la «[s]anction encourue par un acte juridique [...] entaché d'un vice de forme [...] ou d'une irrégularité de fond [...], qui consiste dans l'anéantissement de l'acte».

47 — Voir note de Huet, A., *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Paris, vol. n° 2, 1982, p. 383, spécialement p. 398.

72. Deuxièmement, un autre argument théorique peut être trouvé dans le principe selon lequel tout juge, dès lors qu'il est saisi d'une demande, a, de ce fait, compétence pour statuer sur sa propre compétence. Or, il arrive fréquemment que la détermination de la compétence implique l'examen préalable de questions de fond, parmi lesquelles figurent celles qui portent sur l'existence ou la validité du contrat. Refuser au juge saisi d'un incident de compétence la possibilité de statuer sur cette question reviendrait à l'empêcher de statuer sur sa compétence. Tel est, d'ailleurs, l'argument auquel se réfère la Cour lorsqu'elle relève, dans son arrêt *Effer*⁴⁸, que l'appréciation de «l'existence des éléments constitutifs du contrat lui-même»⁴⁹ est «indispensable pour permettre à la juridiction nationale saisie de vérifier sa compétence»⁵⁰, peu important, à cet égard, que la nullité soit invoquée en demande ou en défense.

73. Troisièmement, un argument d'analogie peut être tiré de l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)⁵¹. Selon cette disposition, qui précise le domaine de la loi du contrat, l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont, en principe, soumises à la loi qui serait applicable en vertu de ce règlement si le contrat ou la disposition étaient valables. Si les conditions de validité du contrat ne font donc pas l'objet d'un rattachement particulier et sont appréciées selon la loi du contrat, il est logique de considérer, par analogie, que l'action en nullité, qui tend à faire sanctionner la méconnaissance de ces conditions, relève de la matière contractuelle.

74. Quatrièmement, un autre argument d'analogie nous paraît pouvoir être tiré dans la jurisprudence de la Cour relative à la compétence en matière d'action en constatation négative visant à faire établir l'absence de responsabilité délictuelle. Dans son arrêt *Folien Fischer et Fofitec*⁵², la Cour a inclus une telle action dans le champ de la «matière délictuelle ou quasi délictuelle», au sens de l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001, en estimant que l'inversion des rôles habituellement connus en matière délictuelle ne devait pas être prise en considération⁵³. Si l'action positive en responsabilité et l'action négatoire forment les deux aspects d'une même matière délictuelle, n'est-il pas logique de considérer, de même, que l'action en exécution et l'action en nullité d'un contrat constituent les deux faces d'une même matière contractuelle?

75. Cinquièmement, un argument d'opportunité vient corroborer cette analyse. Nous ne voyons, en effet, aucune raison particulière de priver le demandeur de l'option de compétence reconnue en sa faveur sous prétexte qu'il agit non pas en exécution du contrat, mais en vue d'obtenir la nullité de celui-ci.

76. Telles sont les raisons pour lesquelles nous estimons que le demandeur qui agit en nullité du contrat bénéficie de l'option de compétence prévue à l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001.

77. Nous donnerons également une réponse positive à la seconde question, portant sur la possibilité pour le juge de statuer sur les conséquences de l'annulation du contrat.

48 — 38/81, EU:C:1982:79.

49 — Point 7.

50 — *Idem*.

51 — JO L 177, p. 6, et rectificatif JO 2009, L 309, p. 87.

52 — C-133/11, EU:C:2012:664.

53 — Points 43 et 44. Voir également, en ce sens, arrêt *Tatry* (C-406/92, EU:C:1994:400), jugeant qu'une demande qui tend à faire juger que le défendeur est responsable d'un préjudice et à le faire condamner à verser des dommages-intérêts a la même cause et le même objet qu'une demande antérieure de ce défendeur tendant à faire juger qu'il n'est pas responsable dudit préjudice (point 45).

78. La première raison est d'ordre théorique. Si, comme nous le suggérons, il faut admettre que constater la nullité du contrat, c'est statuer en matière contractuelle, il doit, a fortiori, en aller de même lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de cette nullité. En effet, le droit d'une partie d'obtenir la restitution d'une prestation suppose qu'elle ait préalablement exécuté, en vertu du contrat, la prestation dont elle demande restitution, de sorte que l'on se trouve bien en matière contractuelle, au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre du règlement n° 44/2001.

79. Commerzbank estime, cependant, que l'action en restitution, distincte et autonome par rapport à l'action en nullité, ne serait pas fondée sur une obligation contractuelle librement consentie puisque, fondée sur l'absence de cause de l'apport patrimonial, elle trouverait sa source directement dans la loi.

80. Cet argument ne nous convainc pas. En effet, il convient de rappeler que la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001, reçoit une interprétation autonome, qui ne saurait dépendre du fondement juridique de l'action selon le droit national applicable, de telle sorte qu'il importe peu que l'action en restitution puisse avoir un fondement légal selon ce droit. S'il n'avait pas existé de lien contractuel librement assumé entre les parties, l'obligation n'aurait pas été exécutée et il n'y aurait pas de droit à restitution. Ce lien de causalité entre le droit à restitution et le lien contractuel suffit à faire entrer l'action en restitution dans la sphère contractuelle.

81. La deuxième raison est d'ordre pratique. Considérer que le juge saisi en application de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001 devrait, si le contrat était nul, se borner à se déclarer incompétent pour statuer sur le fond reviendrait à obliger le demandeur à saisir une autre juridiction pour que puissent être tirées les conséquences pratiques de cette constatation. L'éclatement du contentieux entre deux juges dont l'un constaterait la nullité tandis que l'autre en tirerait les conséquences ne serait conforme ni à l'intérêt d'une bonne administration de la justice ni à l'intérêt des justiciables.

82. La troisième raison est d'ordre analogique. Elle est tirée de l'article 12, paragraphe 1, sous e), du règlement n° 593/2008, qui prévoit que la loi applicable au contrat en vertu de ce règlement régit, notamment, les conséquences de la nullité du contrat. Ainsi que le suggère le gouvernement du Royaume-Uni, il nous semble pertinent de raisonner par analogie avec cette disposition, qui procède de la volonté du législateur de l'Union de soumettre à une loi unique tous les litiges se rapportant au contrat, en reconnaissant que l'action en restitution doit être soumise au même for contractuel lorsque le demandeur choisit d'exercer l'option de compétence.

83. Avant de proposer à la Cour de répondre positivement à la troisième question posée par la juridiction de renvoi, il nous faut, toutefois, examiner une difficulté pratique à laquelle l'application des dispositions de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001 à l'action en nullité pourrait se heurter.

84. Elle tient au fait que la compétence juridictionnelle en vertu de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001 est établie en fonction du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Or, l'application de cette disposition à une demande en nullité du contrat se heurte au problème, d'ordre technique, portant sur l'identification de l'obligation qui sert de base à la demande en annulation.

85. Cette demande n'aurait pas pour fondement une obligation déterminée, puisqu'elle viserait à obtenir l'anéantissement du lien contractuel dans son ensemble, avec toutes les obligations qu'il comporte. Aussi la compétence pourrait-elle appartenir à chacune des juridictions dans le ressort de laquelle l'une quelconque des obligations contractuelles a été ou devrait être exécutée. De surcroît, si, dans le cas d'un contrat de vente tel que celui en cause au principal, il fallait identifier une obligation déterminée, l'hésitation serait permise entre l'obligation de livrer la chose vendue, qui constitue l'obligation caractéristique du contrat, et l'obligation de payer le prix, qui servirait de base à l'action en restitution. Sans nier cette difficulté, il nous semble possible d'admettre que, dans le cas particulier d'une action en nullité, l'obligation qui sert de base à la demande est l'obligation caractéristique.

86. C'est donc, à notre sens, à juste titre que la juridiction de renvoi fait observer que, si l'applicabilité de l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001 était reconnue, il deviendrait déterminant d'identifier le lieu dans lequel les CLN acquis par Profit ont été ou auraient dû être livrés.

87. Ces différentes considérations nous conduisent à estimer que doit être regardée comme relevant de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, l'action tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes versées sur le fondement de l'acte nul.

D – Sur la première question

88. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que, pour qu'il y ait connexité entre deux demandes présentées contre plusieurs défendeurs, il suffit que l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles soit potentiellement apte à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cas de l'autre, quand bien même les deux demandes ont un objet et un fondement différents et ne sont pas liées entre elles par un lien de subsidiarité ou d'incompatibilité.

89. Concrètement, pour la Corte suprema di cassazione, la difficulté est de savoir s'il existe un lien de connexité entre la demande en nullité et en restitution du prix, qu'elle considère comme étant exclusivement dirigée contre Commerzbank et Redi, dont les sièges sociaux sont situés dans des États membres autres que la République italienne, et la demande en réparation des dommages, fondée sur la mauvaise gestion imputée à Profit Holding. Tout en soulignant que le grief dirigé contre cette dernière peut valoir indépendamment du point de savoir si le contrat de vente des CLN est valable ou, au contraire, nul, la juridiction de renvoi fait observer que la reconnaissance éventuelle du bien-fondé de la demande en restitution du prix pourrait se répercuter sur l'évaluation du préjudice concrètement subi par Profit. Elle se demande, en conséquence, si la possibilité pour le juge d'étendre sa compétence en cas de pluralité de défendeurs repose sur un critère de pure opportunité, tiré de l'intérêt qui s'attache à une instruction et à une décision uniques, ou sur un paramètre plus strict tiré d'un risque de décisions inconciliables entre elles sur le plan logique et juridique.

90. À cet égard, il y a lieu de rappeler que la Cour a déjà pris parti, à plusieurs reprises, sur la portée de la règle de compétence spéciale visée à l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, qui déroge au principe de la compétence du for du domicile du défendeur énoncé à l'article 2 de ce règlement, en prévoyant qu'un défendeur peut être attrait, s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux à condition que les demandes soient 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.

91. S'agissant de l'appréciation de la teneur du lien de connexité, c'est-à-dire du risque de décisions inconciliables si les demandes étaient jugées séparément, la Cour a considéré qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier l'existence de ce risque et, à cette fin, de prendre en compte tous les éléments nécessaires du dossier⁵⁴. C'est, à notre sens, judicieusement que la Cour a posé cette règle tant cette appréciation dépend de la configuration factuelle et juridique particulière de chacune des demandes dont est saisi le juge national.

92. La Cour a, toutefois, dégagé des critères grâce auxquels le juge national pourra se déterminer.

⁵⁴ — Voir arrêt Solvay (C-616/10, EU:C:2012:445, point 23 et jurisprudence citée).

93. Dans son arrêt *Roche Nederland e.a.*⁵⁵, elle a considéré que, «pour que des décisions puissent être considérées comme contradictoires, il ne suffit pas qu'il existe une divergence dans la solution du litige, mais il faut encore que cette divergence s'inscrive *dans le cadre d'une même situation de fait et de droit*»⁵⁶. Nuançant le critère d'identité de situation de droit, elle a, dans son arrêt *Freeport*⁵⁷, précisé que l'identité des fondements juridiques des actions introduites contre les différents défendeurs ne faisait pas partie des conditions prévues pour l'application de l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001⁵⁸.

94. Ces directives générales ne fournissent pas d'indication très claire quant à la portée de la condition tenant à l'inconciliabilité des décisions. Il est vrai que l'appréciation du lien de connexité dépend pour une bonne part des circonstances de fait de chaque espèce, ce qui rend difficile la détermination d'un critère clair permettant de tracer la frontière entre ce qui relève de la connexité justifiant de déroger au for habituel et ce qui en est exclu.

95. Nous excluons, tout d'abord, la possibilité pour le juge national d'étendre sa compétence à l'égard de codéfendeurs domiciliés à l'étranger sur la seule base de considérations de pure opportunité, aussi légitimes soient-elles, tirées des nécessités d'une bonne administration de la justice. Subordonner l'extension de compétence du tribunal saisi à la seule condition qu'elle soit justifiée par l'intérêt d'une bonne administration de la justice reviendrait, en effet, à vider de toute portée le principe jurisprudentiel, consacré à l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, selon lequel l'extension de compétence est subordonnée à la condition qu'il existe un risque de décisions inconciliables. Qui plus est, cette disposition traduit la volonté du législateur de l'Union de réaliser un équilibre entre les exigences d'une bonne administration de la justice et le nécessaire respect du principe général de la compétence des juridictions de l'État membre du domicile du défendeur, consacré à l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 44/2001.

96. Nous pensons, ensuite, qu'il n'est pas suffisant, pour que deux demandes dirigées contre des défendeurs différents puissent être considérées comme connexes, que la décision adoptée quant à l'une soit susceptible d'influer sur la réponse à apporter à l'autre. L'exigence d'une divergence qui s'inscrive dans le cadre d'une même situation de fait et de droit conduit à rechercher si les décisions qui pourraient être rendues par deux fors différents pourraient être incohérentes et contradictoires, même s'il n'est pas nécessaire d'établir qu'elles produiront des conséquences juridiques radicalement inconciliables.

97. À cet égard, nous partageons le point de vue défendu par la juridiction de renvoi, selon lequel l'instruction et le jugement séparés de la demande en nullité et en restitution pour déséquilibre du contrat, insuffisance ou défaut de cause, dirigée contre Commerzbank et Redi, et de l'action en responsabilité dirigée principalement contre Profit Holding en raison de la mauvaise gestion imputée à cette société ne comportent pas le risque de conduire à des décisions inconciliables.

98. Nous doutons déjà qu'il existe une situation de fait identique, même si les deux demandes ont globalement trait aux conséquences de la souscription des CLN par Profit. En effet, l'action en responsabilité repose, selon la juridiction de renvoi, sur une circonstance factuelle distincte de cette seule souscription, tirée de ce que la société mère aurait conçu et mené une opération dans son propre intérêt ou dans celui de tiers, en agissant intentionnellement au détriment des intérêts de sa filiale.

55 — C-539/03, EU:C:2006:458.

56 — Point 26. Italique ajouté par nos soins.

57 — C-98/06, EU:C:2007:595.

58 — Points 38 et 47.

99. Nous ne croyons pas, surtout, qu'il existe une situation de droit identique dans la mesure où les actions engagées sont distinctes non seulement par leurs fondements juridiques, mais aussi par leur objet. Ainsi, comme le relève la juridiction de renvoi, l'action en responsabilité pourrait-elle prospérer indépendamment du succès ou de l'échec de l'action en nullité.

100. La seule circonstance que l'éventuelle restitution du prix payé, résultant de la reconnaissance du bien-fondé de l'action en nullité, pourrait avoir une incidence sur le montant du préjudice subi par Profit, en cas de reconnaissance de son droit à réparation contre Profit Holding, ne nous paraît pas caractériser un risque de décisions inconciliables.

101. Nous suggérons donc de répondre à la première question que l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que, pour qu'il y ait connexité entre deux demandes présentées contre plusieurs défendeurs, il ne suffit pas que l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles soit potentiellement apte à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cas de l'autre.

IV – Conclusion

102. Au vu des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre aux questions posées par la Corte suprema di cassazione comme suit:

- 1) L'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que:
 - il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite posée par le paragraphe 1, sous a), de cet article, dans le cas de l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans le prospectus d'émission de titres, tels que les «credit linked notes» en cause au principal, que si le contrat signé par les parties mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus, et
 - une clause de prorogation de compétence contenue dans le prospectus d'émission de titres, tels que les «credit linked notes» en cause au principal, rédigé unilatéralement par l'émetteur de ces titres ne peut être opposée au tiers qui les a acquis auprès d'un intermédiaire financier que s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à cette clause dans les conditions énoncées audit article.

Toutefois, l'insertion d'une clause de prorogation de compétence dans le prospectus d'émission de titres, tels que les «credit linked notes» en cause au principal, peut être regardée comme une forme admise par un usage du commerce international, au sens de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose, pour autant qu'il est notamment établi, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier, d'une part, qu'un tel comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans la branche considérée lors de la conclusion de contrats de ce type et, d'autre part, soit que les parties entretenaient auparavant des rapports commerciaux suivis entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré, soit que le comportement en cause est suffisamment connu pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée.

- 2) Doit être regardée comme relevant de la «matière contractuelle», au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001, l'action tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes versées sur le fondement de l'acte nul.

- 3) L'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que, pour qu'il y ait connexité entre deux demandes présentées contre plusieurs défendeurs, il ne suffit pas que l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles soit potentiellement apte à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cas de l'autre.