

Élection de *for* déséquilibrée : quel(s) contrôle(s) ?

1. Encadrées dès la convention de Bruxelles de 1968, les clauses d'élection de *for* sont particulièrement prisées des parties à un rapport international de droit privé, notamment lorsqu'il est contractuel. Elles prolongent l'autonomie de la volonté substantielle des parties au plan de la compétence internationale en leur permettant de convenir « *d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé* »¹. Elles sont réputées rendre certaine la juridiction appelée à trancher leur litige et simplifier la détermination du juge compétent. C'est sans compter sur l'exercice de leur liberté contractuelle par les parties et le jeu des rapports de force qui ne manquent pas d'opérer une dérogation ou une prorogation déséquilibrée de la compétence internationale du juge.

2. *A priori*, sont déséquilibrées les clauses asymétriques, dites encore dissymétriques ou unilatérales, qui font déjà l'objet d'une littérature abondante². Elles sont particulièrement répandues en matière bancaire et financière ainsi que dans les contrats de distribution et s'insèrent le plus souvent dans un contrat d'adhésion. La convention de Bruxelles, dans son article 17, alinéa 3, en suggérait déjà la teneur type en disposant que la clause stipulée en faveur de l'une des parties lui « *conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente Convention* », hypothèse confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne³. C'est l'exclusivité de l'effet de la clause pour l'une des parties qui lui confère un caractère asymétrique. De façon générale, l'une des parties ne peut saisir que le juge désigné quand l'autre peut, à son loisir, opter pour un ou d'autres juges compétents. Valides sous l'empire de la convention de Bruxelles, ces clauses alimentent le contentieux, notamment devant la Cour de cassation⁴, depuis la disparition de la règle matérielle de l'article 17, alinéa 3. Cette dernière n'a pas été reproduite lors de la communautarisation de la convention ni réintégrée à la faveur de la refonte du règlement « Bruxelles I ». Mais la validité de ces clauses doit être considérée

¹ Art.25.1 règl. « Bruxelles I » refondu.

² V., notamment, J.-B. RACINE, « Les clauses d'élection de *for* asymétriques », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LexisNexis, 2018, p.1323 ; B. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction Clauses*, Oxford University Press, 2023.

³ CJCE, 24 juin 1986, C-22/85, ECLI:EU:C:1986:255, *Anterist c. Crédit Lyonnais*.

⁴ Le mouvement contentieux devant la Cour de cassation peut être daté de l'arrêt *Banque Rothschild* de 2012 (Civ.1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-26.022). Il a donné lieu à près de dix arrêts de la haute juridiction pour aboutir à un renvoi préjudiciel le 13 avril 2023 (Civ. 1^{ère}, 13 avr. 2023, n° 22-12.965).

comme maintenue par la possibilité ouverte aux parties de déroger à l'exclusivité présumée d'une clause d'élection de *for*⁵, ce qui dépasse alors la seule hypothèse des clauses asymétriques.

3. Si les clauses asymétriques sont les plus probablement déséquilibrées, rien n'exclut que puissent l'être les clauses symétriques, lesquelles opèrent une désignation unique du juge compétent pour chacune des parties. L'admettre, c'est refuser de limiter le sujet à la seule question du libellé de la clause, et plus particulièrement du caractère déterminé ou déterminable de la désignation du juge élu. Le déséquilibre ne résulte pas seulement des termes de la clause mais aussi de ses effets, et plus précisément des conditions procédurales qui en découlent pour l'une des parties, notamment à raison de l'exploitation par l'autre d'un rapport de force favorable qui lui aura permis de soumettre à l'adhésion une clause exclusive. À s'inspirer de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis, la clause symétrique pourrait être déséquilibrée dès lors que « *le procès devant le for contractuel serait si difficile et si incommode [pour une partie] qu'il aboutirait en pratique à la priver de son droit d'accès à la justice* »⁶. A s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droit de la consommation, et plus particulièrement à propos de la directive concernant les clauses abusives⁷, « *au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir au consommateur un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'intervenir dans le cadre d'un recours introduit contre lui par un professionnel, dans des conditions procédurales raisonnables, de telle sorte que l'exercice de ses droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais, de frais ou de distance, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13* »⁸.

4. Le sort des clauses déséquilibrées a surtout été débattu devant la Cour de cassation en présence d'une prorogation asymétrique de compétence. Il a été discuté pour la première fois dans l'arrêt *Banque de Rothschild* en 2012⁹. La Haute juridiction civile y a jugé que la clause par laquelle le client devait saisir la juridiction du Luxembourg, tandis que la banque se réservait

⁵ F. POCAR, Rapport explicatif de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Lugano 30 octobre 2007), *JOUE* 2009, C319/01, n° 106.

⁶ Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, *The Bremen e.a. c. Zapata Off-Shore Co*, 407 U.S. 1 (1972), *Rev. crit. DIP* 1973, p. 530, note H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON ; comp., sect.80 Restatement (Second) of Conflict of Laws.

⁷ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁸ CJUE, 3 avr. 2019, C-266/18, *Aqua Med*, ECLI:EU:C:2019:282, pt.53.

⁹ Préc.

le droit de saisir « toute autre juridiction compétente », était potestative et, en conséquence, privée d'effet. Les réactions et critiques suscitées par cet arrêt¹⁰ amèneront la première chambre civile à modifier sa jurisprudence. C'est l'arrêt *Crédit Suisse I* de 2015¹¹ qui abandonne le fondement du caractère potestatif pour retenir celui de la prévisibilité et de la sécurité juridique, au visa de l'article 23 de la convention de Lugano, et prohiber ce type de clause dite « ouverte », prohibition maintenue jusqu'à ce jour. C'est ensuite l'arrêt *eBizzuss*¹², toujours de 2015, où à l'inverse est validée une telle clause ouverte au profit du fournisseur, considérant que la référence au « lieu où Apple a subi un dommage » est suffisamment objective et prévisible pour retenir l'opposabilité de la clause d'élection de *for*. Depuis, la première chambre civile s'est focalisée sur cette exigence d'objectivité. Par exemple, dans deux arrêts de 2018¹³, elle a mis en avant l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, en se référant expressément à la jurisprudence de la Cour de justice¹⁴ dans le second, lequel suppose que la clause renvoie à une « règle déterminée de droit interne ou international susceptible de fonder cette compétence alternative ». Cela laisse assez interdit sauf à souligner – et cela a son importance – que désormais l'efficacité de la clause semble ne plus procéder que du seul objectif de prévisibilité, tel qu'il est par exemple mentionné au considérant 11 du règlement « Bruxelles I » devenu le considérant 15 du règlement « Bruxelles I » refondu. Et si la chambre commerciale, à la faveur d'un arrêt du 11 mai 2017¹⁵, a pu envisager une autre approche, celle forgée par la première chambre demeure¹⁶, du moins jusqu'à ce que la 1^{ère} chambre décide de saisir, selon la voie préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne à la faveur d'un arrêt du 13 avril 2023¹⁷, de trois questions en interprétation de l'article 25.1 du règlement « Bruxelles I » refondu posées en suite d'une motivation particulièrement soignée. Ce faisant, elle a exaucé le vœu exprimé par des commentateurs autorisés des instruments de la coopération judiciaire civile et commerciale¹⁸. L'affaire, enrôlée le 22 août 2023 sous le numéro C-537/23 (*Societa Italiana Lastre SpA*), suit son cours, les observations des parties, institutions et États membres ayant été

¹⁰ V. spéc. « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des loi différentes », D. BUREAU, *Rev. crit. DIP* 2013, p.256.

¹¹ Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n°13-27.264.

¹² Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, n°14-16.898.

¹³ Civ. 1^{ère}, 7 févr. 2018, n°16-24.497, *Crédit suisse II* ; Civ. 1^{ère}, 3 oct. 2018, n°17-21.309, *Dexia*.

¹⁴ CJCE, 9 nov. 2000, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, *Coreck Maritime*, pt.15.

¹⁵ Com., 11 mai 2017, n°15-18.758, *Diemme*.

¹⁶ V., par ex., Civ. 1^{ère}, 11 juill. 2019, n°18-11.456, inédit ; Paris, 28 sept.2021, n°21 /06672 ; v. également, en application de la convention de Lugano, Civ. 1^{ère}, 28 sept. 2022, n°21-13.686, inédit.

¹⁷ Civ. 1^{ère}, 13 avr. 2023, n° 22-12.965.

¹⁸ H. GAUDEMET-TALLON et M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlements 44/2001 et 1215/2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 6^{ème} éd., 2018, spéc. n° 166 *in fine*.

déposées et les conclusions de l'avocat général étant toujours attendues au jour où sont écrites ces lignes.

5. Une observation comparative permet de souligner le risque qu'emporte le silence adopté par le droit de l'Union depuis la communautarisation de la convention de Bruxelles, celui d'une renationalisation du traitement de la question du déséquilibre de la clause d'élection de *for*. Une analyse de droit comparé permet de souligner que la méfiance, si ce n'est la défiance à l'égard des clauses attributives asymétriques vues comme déséquilibrées pourrait apparaître, de prime abord, comme assez « franco-française », même si l'on verra que tel n'est pas vraiment le cas. Le juge britannique (lorsqu'il était juge d'un État membre¹⁹), le juge luxembourgeois ou le juge allemand n'expriment pas les mêmes réserves à l'égard de ces clauses et, en tout cas, pas de la même manière²⁰. Cela mérite probablement d'être souligné (sans être pour autant exagéré) car rejoint un constat plus général qu'autorise (hélas) près de 25 ans de fréquentation assidue de la matière. Probablement marqué par les solutions du droit procédural interne qui, par principe, prohibe les clauses « *qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale* »²¹, le juge français a toujours abordé avec beaucoup de circonspection le libéralisme qui préside à leur sort dans le contexte européen. On se rappellera, ici, les vagues hésitations sur la forme prises par de telles clauses ou encore sur l'expression du consentement des parties à l'égard de telles clauses...

6. L'encadrement des clauses symétriques et asymétriques dans le règlement « Bruxelles I » refondu relève du champ des différentes dispositions applicables à la prorogation de compétence. Notre propos se concentrera sur le seul article 25 à l'exclusion des dispositions spéciales applicables aux contrats de consommation²², de travail²³ et d'assurance²⁴ lesquels font l'objet de contributions propres au sein de ce cycle de conférence²⁵. La question à laquelle nous nous attacherons, à l'instar de celle posée systématiquement par le premier Consul aux rédacteurs du code civil, sera celle de la nécessité, voire de l'utilité de réécrire l'article 25 pour assurer un encadrement des clauses d'élection de *for* déséquilibrées. L'enjeu de cette question

¹⁹ Continental Bank NA v Aeakos SA [1994] 1 W.L.R. 588.

²⁰ V., également, les références citées par J.-B. RACINE, *loc. cit.*, spéc. p.1337.

²¹ Art.48 du code de procédure civile.

²² Art.19 règl. « Bruxelles I » refondu.

²³ Art.23 règl. « Bruxelles I » refondu.

²⁴ Art.15 règl. « Bruxelles I » refondu.

²⁵ V. dans le présent cycle de conférences, S. LAVAL, « Protection de la partie faible et compétence : quelles pistes d'amélioration ? ».

s'est accru d'autant depuis que la Cour de justice a admis que relève de l'article 25 du règlement « Bruxelles I » refondu le jeu d'une clause qui désigne compétent le juge d'un État membre pour connaître d'un rapport de droit objectivement mono-localisé sur le territoire d'un autre État membre²⁶.

8. Notre questionnement sera tout particulièrement discuté à l'aune des textes avec lesquels cet article 25 doit ou pourrait devoir s'articuler et qui sont, notamment, au nombre de deux. Ils ont en commun de donner à voir une moralisation des clauses d'élection de *for*, pour mieux en contrôler le contenu et les effets quand cette dimension, en l'état du droit positif, est absente du règlement « Bruxelles I » refondu.

9. Le premier de ces textes est la convention de La Haye sur les clauses d'élection de *for* du 30 juin 2005 que l'Union européenne, entre autres, a approuvé. Quoique son empire soit limité aux clauses exclusives d'élection de *for*²⁷, à l'exclusion des clauses asymétriques²⁸, doit notamment être relevé son article 6, c, qui permet au juge non élu de ne pas avoir à surseoir à statuer ou à se dessaisir lorsque « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». C'est un cas d'usage surprenant de l'exception d'ordre public dans la vision continentale du droit international privé. L'article 9, e, quant à lui, liste les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution, et en offre un cas d'usage plus usuel : « la reconnaissance ou l'exécution [peut être refusée lorsqu'elle] est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ».

10. Le second texte n'est pas de droit positif mais manifeste un état de la pensée du droit international à l'échelle nationale. Il s'agit du projet de Code français de droit international privé, fruit de trois années de travail et remis au Garde des sceaux en mars 2022. Son article 26 permet la stipulation d'une clause au profit d'une seule partie ou de stipuler une option asymétrique « sous réserve de l'exploitation abusive d'un déséquilibre économique ». La clause peut être privée d'efficacité si elle crée « en elle-même un déséquilibre significatif dans les

²⁶ CJUE, 8 février 2024, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123, Inkreal.

²⁷ Art.3.1 de la convention.

²⁸ T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Rapport explicatif*, §106.

droits et obligations des parties »²⁹. Elle pourrait encore être privée d'effet en France, de façon temporaire ou définitive, lorsqu'elle aura été l'instrument d'une déloyauté dans une procédure engagée devant le juge français³⁰.

11. C'est montrer en dernière analyse que, même à douter de l'utilité et de la nécessité d'un encadrement des clauses déséquilibrées et d'une telle réécriture de l'article 25 § 1 du règlement « Bruxelles I » refondu, une réponse s'impose. Force est de constater l'instrumentalisation, à tout le moins les démarches stratégiques auxquels les clauses d'élection de *for* donnent lieu et, corrélativement, l'accroissement de situations contentieuses, parasites ou dilatoires, au stade de l'examen de la compétence internationale³¹. C'est la figure de ce que nous dénommons le « sur-contentieux » dont de nombreuses affaires attestent. Il suffit ici, à titre d'exemple, de rappeler que près de 7 années se sont écoulées entre la saisine du Tribunal de commerce de Paris, en avril 2012, et l'arrêt sur renvoi préjudiciel par lequel il a été mis fin au litige en constatant l'incompétence des juridictions françaises, prononcé par la première chambre civile en janvier 2019³² pour que le mandataire liquidateur d'*Ebizcuss* soit définitivement fixé sur le fait que, comme le stipulait la clause attributive, la partie devait bien se jouer devant les juridictions de la République d'Irlande... Quoiqu'on pense de la solution, on ne pourra que s'accorder sur le fait que tout ceci n'est pas bien raisonnable !

12. Dès lors et afin de proposer des éléments de réponse, il est possible d'en revenir à la saisine de la Cour de justice dans le cadre de l'affaire *Societa Italiana Lastre SpA* précédemment évoquée. En présence d'une clause asymétrique stipulée entre une société française et une société italienne intégrée dans un contrat de fourniture de panneaux de bardage, l'éventuel déséquilibre qui en découle s'apprécie-t-il à l'aune des règles uniformes de l'article 25 du règlement « Bruxelles I bis » ou bien à l'aune des règles nationales applicables à la validité au fond ? Et si oui, lesquelles ? L'impasse n'est-elle pas alors au rendez-vous ? Un tel constat formulé, ce serait appeler une autre approche qui a été esquissée par la Cour de justice dans son arrêt *Charles Taylor Adjusting*³³. La Cour y considère que des quasi-injonctions anti-procédures portent atteinte au principe de confiance mutuelle, lequel interdit au juge d'un État membre de

²⁹ Art.29 du projet de code.

³⁰ Art.22 et 24 du projet de code.

³¹ V. en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, IPROLEX, 2018, p.375.

³² Civ.1^{ère}, 30 janv. 2019, n°16 -25.259, publié au bulletin.

³³ CJUE, 7 sept. 2023, C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633.

statuer sur la compétence du juge d'un autre État membre. Ces injonctions protégeaient la compétence du juge britannique élu et n'ont pu être reconnus ou exécutés. L'arrêt invite donc à se poser la question du contrôle des jugements qui méconnaîtraient un principe fondamental d'accès au juge en donnant effet à une clause d'élection de *for* déséquilibrée. Chacune de ces approches, l'une conflictuelle (I), l'autre fondamentale (III), doit alors être éprouvée pour apprécier les réponses qu'elles offrent respectivement, dès lors que – rappelons-le – l'on estime nécessaire de contrôler le déséquilibre des clauses d'élection de *for*...

I. L'impasse de l'approche conflictuelle

13. Disons-le d'emblée, le propos consiste à souhaiter éviter absolument ce que nous pourrions appeler un futur *De Bloos / Tessili* de la clause attributive déséquilibrée qui conduirait à une complication entremêlant règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions et, en dernière analyse, à une situation préjudiciable car contraire à une nécessaire interprétation et surtout application uniforme de l'article 25 § 1 du règlement « Bruxelles I bis »³⁴.

14. Cette question est au cœur des certains des motifs ayant amené la 1^{ère} chambre civile à adresser ses trois questions préjudicielles en interprétation de l'article 25 § 1. En substance, l'enjeu est de savoir si le sort d'une clause déséquilibrée, et en particulier son caractère illicite, doit être appréhendé au regard de règles autonomes (et donc uniformes) procédant de l'article 25, § 1, du règlement « Bruxelles I bis » participant de l'objectif de prévisibilité (et donc de sécurité juridique) poursuivi par ce règlement comme le rappellent aussi bien divers considérants que la jurisprudence de la CJUE ou, au contraire, si cette illicéité doit être tranchée en faisant application du droit de l'État membre désigné par la clause, c'est-à-dire en considération de l'actuelle formulation selon laquelle il convient d'apprécier « *si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre* » ?

³⁴ Sur ces deux arrêts « fondateurs » et (très) critiqués, cf. les principaux ouvrages consacrés au contentieux transfrontière en matière civile et commercial. Cf. aussi G. Droz, *Delendum est forum contractus ?* Vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, D. 1997.351 ; V. Heuzé, De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Rev. crit. DIP 2000.595

15. Ce que nous appelons « l'impasse de l'approche conflictuelle », c'est-à-dire la seconde voie suggérée, procède de nombreux constats qui peuvent être formulés à des stades différents du raisonnement « conflictuel » qui devrait être mené par la juridiction.

16. L'un d'eux sera laissé de côté en l'état qui donne d'ailleurs lieu à une des 3 questions posées dans l'affaire *Societa Italiana Lastre SpA*. A supposer que l'asymétrie (et partant le déséquilibre) relève d'une condition de fond, est posée inévitablement la question de savoir quel sera l'ordre juridique de référence, c'est-à-dire selon le droit de quel État membre l'appréciation de la validité doit être faite par le juge saisi. Ainsi, en présence d'une clause qui conduit à la désignation d'une pluralité de juridictions, doit-il se référer à son seul droit national (c'est-à-dire statuer selon le seul droit de la juridiction effectivement saisie) ou, au contraire, doit-il se référer aux droits des différentes juridictions d'État membre en concours (et peut-être même d'État tiers) ? Force est de considérer que cette dernière hypothèse doit être immédiatement laissée de côté car elle annoncerait la chronique d'une mort certaine des mécanismes attributifs de compétence, ce que personne ne peut décentement souhaiter et certainement pas la Cour de justice qui n'a eu de cesse – d'une certaine manière – de les promouvoir, suivi en cela par le colégislateur de l'Union, y compris dans des matières où de tels mécanismes étaient jusque-là inconnus³⁵...

17. A un premier stade, un constat de grandes incertitudes doit être formulé et brièvement développé. C'est celui qui découle de la confrontation entre la lettre de l'article 25 § 1 et celle du considérant n° 20 du règlement « Bruxelles I bis » selon lequel « *lorsque la question se pose de savoir si un accord d'élection de for en faveur d'une ou des juridictions d'un État membre est entaché de nullité quant à sa validité au fond, cette question devrait être tranchée conformément au droit de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord, y compris conformément aux règles de conflit de lois de cet État membre* ». C'est ce dernier corps de phrase qui nous retient et pose la question de savoir si le juge peut privilégier les règles matérielles de l'État membre désigné ou bien s'il doit mettre en œuvre ses règles de conflit de lois ?

18. Nous interrogeant il y a 10 ans déjà sur cette question (hors du seul cas des clauses asymétriques), nous avons conclu en faveur d'une règle matérielle, en particulier au motif,

³⁵ On pense ici aux différents règlements en matière familiale (« régimes matrimoniaux », « successions ») à l'exclusion du règlement en matière de « désunion ».

d'une part, de la solution portée par d'autres versions linguistiques du règlement, d'autre part et surtout, d'une considération d'ordre pratique tenant à l'accès à la règle de conflit de lois³⁶. En particulier, en raison du fait que le droit international privé des États membres est mal aisé à cerner en la matière et parfois d'ailleurs très hésitant, dès lors que c'est bien lui et lui seul qui doit être examiné par le juge puisque, nul ne l'ignore, le Règlement « Rome I » est inapplicable à une clause attributive de juridiction ! C'est le spectre d'un nouveau *De Bloos Tessili* mentionné plus haut et dont chacun sait comment il s'est terminé avec l'heureuse initiative prise par les rédacteurs européens, même si elle a en réalité déplacé le problème toujours persistant de la détermination de la compétence spéciale en matière contractuelle. Ce qui est un autre sujet... Reste à espérer que la Cour de justice entende la chose et apporte la solution matérielle que les praticiens sont en droit d'attendre

19. A un second stade, et nous appuyant sur le droit français comme « droit d'un État membre » au sens de l'article 25 § 1, d'autres incertitudes se font jour que l'on évoquera, là encore, assez rapidement puisque nous y avons consacré une contribution lors du colloque de 2019 organisé par notre collègue et ami Malik Laazouzi³⁷. Sauf à souligner que cette contribution se doit d'être mise à jour tant en raison de l'intervention de différents arrêts que d'un texte depuis...

20. Le droit français sanctionne le déséquilibre contractuel ou plus exactement le déséquilibre « significatif », dans un premier temps, au titre des seuls droits spéciaux (le droit de la consommation et le droit des pratiques commerciales déloyales, comme il convient dorénavant de l'appeler), dans un second temps, au titre du droit commun avec l'article 1171 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 puis de la loi du 20 avril 2018. Nous laisserons de côté la question de l'articulation des règles spéciales et de la règle de droit commun, aujourd'hui réglée à la faveur d'un arrêt remarqué de la chambre commerciale du 26 janvier 2022³⁸ qui, s'appuyant sur la *ratio legis* de la loi du 20 avril 2018, peut décider que « l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales », au cas précis celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence. D'où une

³⁶ C. NOURISSAT, L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement « Bruxelles I bis », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 567.

³⁷ C. NOURISSAT, L'incidence du déséquilibre des forces entre parties non réputées faibles, in M. LAAZOUZI (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Ed. Panthéon-Assas, 2021, p. 107.

³⁸ Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

belle complexité à l'étape de la qualification qui doit être soulignée et suppose donc de partir nécessairement de l'empire de la règle spéciale avant que d'envisager éventuellement l'application de la règle de droit commun.

21. On limitera délibérément à ce stade le propos à l'examen de la seule règle spéciale (aujourd'hui l'article L. 442-1 du Code de commerce), étant observé que cette disposition concernant des contrats porteurs d'« *activités de production, de distribution ou de services* » (pour reprendre la précision apportée par ledit article), les hypothèses où elle aurait vocation à jouer sont légion si l'on contemple l'actuelle jurisprudence disponible concernant l'article 25 § 1. De même, on ne reviendra pas sur les hésitations qui ont pu – un temps – exister quant à la sanction d'une clause « *créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » pour rappeler que désormais la nullité est posée par les textes, notamment l'article L. 442-4 al. 2 du Code de commerce.

22. Ce sur quoi nous souhaitons insister tient en réalité à l'applicabilité spatiale de la disposition spéciale du Code de commerce. Elle renvoie à la question de savoir si le juge élu au titre de la clause attributive de compétence est le juge français ou un juge étranger. En effet, si le juge français est bien le juge élu devant lequel il est soutenu que la clause caractérise un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-1 du Code de commerce, alors – par le jeu de l'article 25 § 1 – l'applicabilité des dispositions du Code de commerce pourrait paraître ne pas poser *a priori* de difficultés, réserve faite bien sûr de la caractérisation effective de ce déséquilibre significatif. Observons cependant que ce cas de figure n'est pas celui qui se rencontre en pratique. L'abondant contentieux devant le juge français des clauses attributives de juridiction asymétriques (et donc déséquilibrées mais peut-être pas significativement déséquilibrées...) est davantage un contentieux où est alléguée la compétence du juge français nonobstant la stipulation d'une telle clause dont le juge élu est celui d'un autre État membre.

23. D'où la nécessité de s'interroger sur la qualification de loi de police des dispositions du Code de commerce intéressant le déséquilibre significatif, seule voie à même de permettre à ce juge français d'en tirer d'éventuelles conséquences quant à sa compétence en lieu et place de celle du juge élu, la nullité de la clause attributive étant constatée. Pour aller à l'essentiel, nous considérons, avec d'autres, que la jurisprudence *Expedia* du 8 juillet 2020³⁹ n'a pas apporté de

³⁹ Com. 8 juill. 2020, n° 17-31.536.

réponse certaine, l'hypothèse étant bien délimitée par la chambre commerciale à ce qu'on appelle une « action ministre » dont chacun sait, depuis, qu'elle échappe au jeu du règlement « Bruxelles I bis »⁴⁰. De même, l'édiction et l'entrée en application – le 1^{er} avril 2023 – de l'article L. 444-1 A du Code de commerce n'apporte qu'une réponse là encore incertaine – mais pour d'autres raisons –. Qualifier l'article L. 442-1 de « disposition d'ordre public » ne saurait permettre de le considérer *ispo jure* comme une loi de police. Et comment ne pas souligner qu'à supposer que tel soit le cas, c'est la double conditions expresse que la convention principale soit conclue « *entre un fournisseur et un acheteur* » et « *port(e) sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français* »...

24. Si, en définitive, tous ces obstacles ont été franchis les uns après et les autres, reste à caractériser le « *déséquilibre significatif* » que révélerait la clause sous examen. Il sera renvoyé à la contribution mentionnée où il a été montré que l'autonomie ou la séparabilité dont jouit la clause attributive en application de l'article 25 § 5 du règlement « Bruxelles I bis » dont l'inspiration est à rechercher dans le vieil arrêt *Benincasa* de 1997 prononcé à l'époque par la CJCE est un frein probablement décisif au jeu de la disposition spéciale du Code de commerce (comme d'ailleurs de l'article 1171 du Code civil). C'est ce raisonnement – et le constat auquel il aboutit – qui expliquent et justifient la rédaction d'une règle spéciale dans le projet de Code français de droit international privé, ainsi que cela a été mentionné au début de cette intervention. C'est aussi ce qui explique qu'il peut paraître souhaitable, dans le contexte intra-européen, d'appréhender différemment la sanction d'un tel déséquilibre significatif ou manifeste, d'où le regard porté vers une approche fondamentale.

II. La perspective de l'approche fondamentale

25. L'approche fondamentale consisterait à contrôler la clause d'élection de *for* et ses effets au cas concret, quelle qu'elle soit, à l'aune des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union et des États membres, comme le principe de confiance mutuelle ou les droits fondamentaux procéduraux. Parce que ce contrôle peut aboutir à rendre inefficace une clause licite et valide et à remettre en cause des prévisions des parties, l'ingérence qui en résulte dans les droits d'au moins une des parties doit être suffisamment grave. L'application de la clause

⁴⁰ En ce sens, CJUE, 22 déc. 2022, C-98/22, ECLI:EU:C:2022:1032 *Eurelec Trading SCRL*.

doit avoir pour résultat concret de priver l'une des parties de son droit d'accès au juge⁴¹. Ce faisant, le domaine du contrôle est plus large qu'un contrôle par recours à la notion d'abus, qui serait limité aux conditions de stipulation de la clause ou bien à l'exercice de l'option dérogatoire à l'attribution de compétence exclusive par l'une des parties⁴². Ce résultat peut découler de diverses circonstances liées aux contraintes et conditions procédurales qu'impose la clause, et de façon plus concise à l'effet dissuasif qu'elle peut avoir sur la possibilité pour l'une des parties, demanderesse ou défenderesse, de faire valoir ses droits : distance entre le juge et le domicile du plaideur ; barrière de la langue ; frais liés au déplacement, à une procédure à l'étranger, à la sollicitation d'un avocat à l'étranger et à la tenue d'un procès à l'étranger compte tenu des capacités du plaideur⁴³. Ces circonstances doivent être appréciées à l'aune du double effet que peut avoir une clause d'élection de for, c'est-à-dire à la lumière des compétences dérogées par la clause qu'à celle de la compétence prorogée⁴⁴. En revanche, la circonstance que la clause déroge à la compétence du juge d'un État membre ou du juge d'un État tiers ne devrait pas, à elle-seule et indépendamment d'autres facteurs, empêcher la clause d'être efficace.

26. Sans préjuger de l'extension des règles de reconnaissance et d'exécution aux décisions provenant d'un État tiers ni négliger un élargissement du spectre du règlement « Bruxelles I » refondu aux situations dans lesquelles le juge désigné est celui d'un État tiers et non partie à la convention de La Haye ou à la convention de Lugano, un tel contrôle peut intervenir à deux stades procéduraux différents : au cours de l'instance directe (A) et au cours de l'instance indirecte (B).

A. Au cours de l'instance directe

27. Au cours de l'instance indirecte, l'approche fondamentale se rapproche méthodologiquement de l'exception de conventionnalité ainsi que, dans une moindre mesure, de l'exception d'ordre public. Sauf à faire l'objet d'une disposition de droit dérivé qui ne serait

⁴¹ Rapp. S. CLAVEL, « Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé », *JDI* 2019, doctr. 7, spéc. n°26.

⁴² L'abus supposerait de démontrer que le demandeur « a détourné le droit d'option de sa finalité et causé un tort disproportionné au défendeur » (H. GAUDEMET-TALLON, « De l'abus de droit en droit international privé », *in Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p.383, spéc.p ;390.

⁴³ Comp., sur l'invalidation d'une clause d'élection de for sur le fondement des règles applicables aux clauses abusives mais à raison de circonstances comparables, Paris, 12 févr. 2016, n° 15/08624, *Facebook*.

⁴⁴ Comp., privant d'effet l'élection de for qui « conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui accorde un for prévu par le droit suisse », art.5.2 loi fédérale suisse de droit international privé.

pas nécessaire mais didactique, il s'agit d'inactiver, partiellement ou totalement, l'article 25.1 du règlement « Bruxelles I » refondu à raison des résultats inacceptables de son application au cas concret. La mesure de l'inactivation devrait varier à raison du grief formulé⁴⁵ et de la partie demanderesse. S'il s'agit d'une clause asymétrique, devrait être conservée la possibilité pour le défendeur de se prévaloir de l'attribution exclusive pour s'opposer à l'exercice de l'option par l'autre partie qui conduit à le priver de son droit d'accès au juge. En revanche, l'inefficacité devrait être totale lorsque l'attribution exclusive prive le demandeur de son droit d'accès au juge, sauf pour l'option ouverte à ne pas se limiter à un renvoi aux juridictions objectivement compétentes.

28. La mise en œuvre d'un tel contrôle requiert de distinguer suivant que la clause désigne le juge d'un État membre ou d'un État tiers en raison du principe de confiance mutuelle, qui ne vaut qu'entre États membres et leur impose de présumer que chacun respecte les droits fondamentaux⁴⁶.

29. Tout d'abord, lorsque la clause désigne le juge d'un État membre, le contrôle peut être réalisé tant par le juge élu que par le juge non élu d'un autre État membre. Techniquement, le mécanisme proposé ne met pas en cause la confiance mutuelle que se doivent les États membres puisqu'il s'agit uniquement d'éviter que le droit de l'Union ne permette, par l'autonomie contractuelle qu'il confère aux parties, une violation des droits fondamentaux dans un rapport de droit privé.

30. Sa mise en œuvre nous paraît soulever deux difficultés.

31. La première est d'ordre technique et tient à la coordination de l'action des juges élus et non élus. Il existe une règle de priorité entre le juge exclusivement élu et le juge non élu pour les cas où chacun d'eux serait saisi qui se rapproche du principe de compétence-compétence. En présence d'une clause symétrique, la clause déséquilibrée, qui est nécessairement exclusive, la règle de litispendance de l'article 31 s'applique de façon fluide. Le juge non élu devra surseoir à statuer le temps pour le juge élu d'établir ou d'écarter sa compétence⁴⁷. Lorsque deux juges exclusivement élus sont saisis en parallèle, le juge second saisi devra se dessaisir en faveur du

⁴⁵ Rappr. J.-B. RACINE, *loc. cit.*, spéc.p.1341.

⁴⁶ CJUE, Ass. plén., 18 déc. 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt.191.

⁴⁷ Art.31.2 règl. « Bruxelles I » refondu.

juge premier saisi⁴⁸. La difficulté surgit en présence d'une clause asymétrique. Faut-il considérer que la saisine du juge exclusivement élu permet de lui donner priorité sur le juge non élu ou sur le juge saisi en application de l'option ouverte à l'une des parties à la clause d'élection de for ? La lettre de l'article 31.2, qui se réfère à la « *jurisdiction à laquelle une convention [...] attribue une compétence exclusive* », nous paraît en ce sens. En conséquence, peu importe que le juge saisi en application de l'option soit considéré comme élu ou non élu, s'appliquera la règle générale de l'article 29.1 qui donne priorité au juge premier saisi.

32. Quoiqu'il en soit, rien n'exclut que le juge non élu puisse avoir à se prononcer sur la clause attributive de juridiction aux fins de statuer sur sa propre compétence, que le juge élu n'ait pas été saisi, ou encore s'il devait être admis la possibilité pour le juge non élu de procéder à un examen *prima facie* de l'efficacité de la clause d'élection de for⁴⁹. Dans cette hypothèse, la décision qu'il adoptera, sur sa propre compétence comme son appréciation de la clause attributive de juridiction au regard des règles harmonisées de compétence internationale, devra, en principe, être reconnue dans les autres États membres⁵⁰, y compris pour le cas où le juge non élu aurait méconnu les règles de litispendance précitées⁵¹. Ce dernier pourrait constituer un argument en faveur de l'incorporation d'une règle de droit uniforme au sein de l'article 25.1 qui visualise l'encadrement fondamental des clauses d'élection de for déséquilibrées.

33. La seconde difficulté est d'ordre conceptuel. Le contrôle envisagé est quelque peu contre-intuitif à considérer l'esprit du règlement « Bruxelles I » refondu et, plus largement, les objectifs du droit de la coopération judiciaire en matière civile : éliminer les frontières intérieures à l'espace de justice civile de l'Union en accélérant les procédures transfrontières, en en réduisant, notamment, les coûts et la complexité⁵². L'admettre serait reconnaître l'échec de l'Union ou le défaut de ses actions visant à atteindre l'objectif qui subsume ces différentes considérations et que consacre l'article 67.4 du TFUE, faciliter l'accès à la justice. Outre que

⁴⁸ Art.31.1 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁴⁹ V., pour une proposition en ce sens, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS et N. ELSNER, « The Reform of the Brussels Ibis Regulation – Academic Position Paper », 22 mai 2024, p. 32-33 disponible sur [<https://ssrn.com/abstract=4853421>].

⁵⁰ V. en ce sens, CJUE, 15 nov. 2012, C456/11, ECLI:EU:C:2012:719, Gothaer Allgemeine.

⁵¹ Rappr. CJUE, 16 janv. 2019, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24, Liberato.

⁵² V., par ex., Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté de sécurité et de justice (dit « Plan d'action de Vienne »), JOCE, 23 janvier 1999, C 19, p. 1, spéc. pt. 16 ; Conseil européen de Tampere, concl. de la présidence, 15-16 octobre 1999, pt. 28 et s

l'action de l'Union en ce sens et au plan juridique n'est pas négligeable⁵³, il faut admettre qu'une part de la diversité des ordres juridiques, des organisations judiciaires, des cultures juridiques et des langues ainsi que la réalité des distances d'une Europe à 27 est irréductible⁵⁴.

34. S'agissant du contrôle de la clause attribuant compétence au juge d'un État tiers, nous nous limiterons à celui d'un État non partie à la convention de La Haye de 2005 ou à la convention de Lugano. Chacune déroge au règlement « Bruxelles I » refondu et n'a pas vocation à être remise en cause par une refonte de ce dernier. Actuellement, parce que de telles clauses ne relèvent pas du champ d'application du droit dérivé⁵⁵, le droit primaire ne pourrait trouver à s'y appliquer. Mais les germes du mécanisme envisagé figurent déjà dans les dispositions uniformes relatives à la connexité et à la litispendance entre des procédures parallèles ouvertes devant le juge d'un État membre second saisi, d'une part, et celui d'un État tiers premier saisi, d'autre part⁵⁶. Elle n'est pas sans faire écho aux réflexions qui ont pu être menées à propos de la théorie de l'effet réflexe, qui consisteraient à écarter les règles de compétence ordinaires du règlement « Bruxelles I » refondu lorsque les critères de compétence exclusive qu'il détermine, dont la prorogation volontaire de compétence, sont réalisés sur le territoire d'un État tiers⁵⁷.

35. L'approche fondamentale ouvrirait la possibilité au juge d'un État membre non élu de priver d'effet une clause d'élection de for au bénéfice du juge d'un État tiers. À défaut pour le principe de confiance mutuelle de s'appliquer, pourra également être pris en considération le défaut d'équité procédurale dans l'ordre juridique de l'État tiers dont le juge est élu (défaut d'indépendance ou d'impartialité, non-respect des droits de la défense, du contradictoire ou du principe d'égalité des armes, etc.), lequel peut contribuer à priver l'une des parties d'un accès concret au juge.

⁵³ Que l'on songe, entre autres, à l'harmonisation de l'accès financier à la justice (Dir. 2003/8/CE relative à un meilleur accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire), à la facilitation de la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires (Règl. (UE) 2020/1784 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale) et plus largement à la numérisation de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale (Règl. (UE) 2023/2844 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et de l'accès à la justice dans les affaires transfrontières en matière civile, commerciale et pénale).

⁵⁴ Comp.,

⁵⁵ V., sur l'application de la loi de l'État du juge d'un État membre saisi mais non-élu aux clauses d'élection de for désignant les juridictions d'un État tiers, CJCE, 9 nov. 2000, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, Coreck Maritime, pt.19.

⁵⁶ Art.33 et 34 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁵⁷ G.A.L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, 1972, n° 165.

36. Paradoxalement, admettre un tel contrôle et ses conséquences, même à titre exceptionnel, pourrait présupposer de reconnaître l'effet dérogatoire des clauses d'élection de for désignant le juge d'un État tiers sur les règles objectives de compétence internationale du droit international privé de l'Union. En d'autres termes, d'admettre l'effet réflexe précité. Le caractère impératif de ces règles semble acquis en jurisprudence⁵⁸, mais pourrait être rediscuté⁵⁹. Quoi qu'il en soit, donner un effet dérogatoire aux clauses attributives de juridiction désignant le juge d'un État tiers pourrait, là encore, bousculer l'esprit dans lequel se construit l'espace de justice civile de l'Union européenne. Car il semble que le droit dérivé, et plus particulièrement la convention de Bruxelles et les règlements qui lui ont succédé⁶⁰, soient conçus pour systématiquement garantir la disponibilité d'un juge d'un État membre, et plus largement l'accès à la justice européenne, indépendamment de la compétence donnée au juge d'un État tiers⁶¹.

B. Au cours de l'instance indirecte

37. Même à considérer le principe de confiance mutuelle, que le contrôle soit ouvert au stade de l'instance directe ne fait pas obstacle à ce qu'il soit également opéré au cours de l'instance indirecte. Le droit à un procès équitable implique un tel contrôle⁶². L'approche envisagée en conséquence se rapproche méthodologiquement de l'exception d'ordre public. Il s'agit de refuser tout effet juridique à la décision ayant donné effet à une clause d'élection de for déséquilibrée et, ce faisant, porté atteinte au droit fondamental d'accès au juge.

Ici encore, une distinction s'impose suivant que le jugement en question émane d'un État membre, auquel cas le règlement « Bruxelles I » refondu s'applique *de lege lata*, ou d'un État

⁵⁸ V., sur le « système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter », CJCE, Ass. pl., 9 déc. 2003, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Gasser, pt.72 ; v., également, sur le caractère impératif de la règle de compétence internationale de principe de la convention de Bruxelles pour le juge d'un État membre, CJCE, Gde ch., 1^{er} mars 2005, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, Owusu, pt.37.

⁵⁹ V., sur le débat ouvert sur ce point par l'avocat général Nicholas Emiliou sous l'affaire BSH Hausgeräte (C-339/22), spéc. pt.113 et s.

⁶⁰ V. déjà, sur la détermination unilatérale de la compétence des juges de l'espace judiciaire européen, M. FALLON, « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne ? », in G. DE LEVAL et M. STORME (dir.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Chartre, 2003, p. 25, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », *Mélanges en l'honneur d'Hélène-Gaudemet-Tallon « Vers de nouveaux équilibres »*, Dalloz, 2008, p. 397.

⁶¹ Cette conjecture ressort, entre autres, du rejet du mécanisme de *forum non conveniens*, en particulier lorsqu'il joue au profit d'un État tiers et de l'affirmation du caractère impératif de la compétence attribuée au juge du domicile du défendeur (CJCE, Gde ch., Owusu, préc.)

⁶² Cour EDH, déc., 29 avr. 2008, req. n°18648/04, McDonald c. France.

tiers qui n'est partie ni à la convention de La Haye de 2005 ni à la convention de Lugano, auquel cas l'extension du règlement « Bruxelles I » refondu peut être envisagée *de lege ferenda*.

38. En droit positif, le juge de l'État membre requis est tenu par le principe d'interdiction du contrôle de la compétence indirecte, y compris au moyen de l'exception d'ordre public⁶³. Seule y fait exception, le contrôle du respect des règles de compétence exclusive de l'article 24 et des règles de compétence protectrices des parties faibles aux contrats de consommation, de travail et d'assurance⁶⁴. L'approche substantielle envisagée n'y déroge pas. Elle n'implique pas de contrôler les appréciations de fait et de droit qui ont conduit le juge de l'État membre d'origine à établir sa compétence sur le fondement de l'article 25 du règlement « Bruxelles I » refondu, considérant la licéité, la validité et le domaine de la clause d'élection de for. Il se concentre sur les effets de la compétence établie au regard des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'État membre requis.

39. Toutefois, ce contrôle est limité par le principe de révision au fond qui restreint l'usage de l'exception d'ordre public international à des cas dans lesquels la décision provenant d'un autre État membre porte une atteinte manifeste aux règles essentielles et principes fondamentaux de l'État membre requis⁶⁵. S'y ajoute le principe fondamental de confiance mutuelle. Il exige que le degré de l'atteinte portée à ces règles et principes soit plus particulièrement élevé pour justifier un refus de reconnaissance. Sont requises des circonstances exceptionnelles⁶⁶ propres à remettre en cause l'équivalence des protections présumées être garanties par chacun des systèmes nationaux. De façon judicieuse, l'avocat général Maciej Szpunar⁶⁷ a rapproché ce degré d'exigence de celui relatif à l'« *insuffisance manifeste* » susceptible de conduire la Cour EDH à renverser la présomption d'équivalence de la protection des droits fondamentaux établie au bénéfice de l'Union⁶⁸. Cette présomption fait peser une obligation sur l'État membre de s'assurer de l'absence d'insuffisance manifeste susceptible d'engager sa responsabilité devant la Cour EDH s'il prêtait la main à l'exécution d'une décision qui en porterait la marque. En l'état de la jurisprudence de la Cour de justice, l'adjectif « manifeste » n'a pas pleinement produit ses effets potentiels, même si la notion d'ordre public doit d'ores et déjà faire l'objet

⁶³ art.45.3 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁶⁴ Art.45.1, e, règl. « Bruxelles I » refondu.

⁶⁵ CJCE, 28 mars 2000, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, Krombach, pt.37.

⁶⁶ CJUE, Gde ch., 21 déc. 2011, C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, N. S. e.a., pts 78 à 80.

⁶⁷ Conclusions du 8 février 2024, sous l'affaire C-633/22, pt.183 et s.

⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2005, req. n°45036/98, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande, §156.

d'une interprétation stricte et n'être opposée que dans des cas exceptionnels⁶⁹ dès lors qu'elle vient restreindre l'achèvement de l'objectif de reconnaissance mutuelle des décisions. Pour autant, un certain alignement sur le triple contrôle de légalité, nécessité et proportionnalité de l'ingérence dans un droit fondamental s'observe en jurisprudence, malgré le rappel formel de l'exigence d'une atteinte manifeste⁷⁰ voire démesurée⁷¹.

40. Indirectement, la Cour de justice a confirmé l'utilité de l'exception d'ordre public pour contrôler les effets de l'application ou de l'inapplication des règles de compétence internationale à l'aune du droit à un procès équitable alors qu'une clause d'élection de for était applicable au litige. Au cas d'espèce, une juridiction néerlandaise s'était reconnue compétente nonobstant l'effet dérogatoire d'une clause attributive de juridiction, ce qui avait eu pour conséquence de rendre applicable une loi autre que celle qui aurait été appliquée par le juge élu. La Cour a rappelé, non sans lien avec ce qui précède, que l'erreur manifeste du juge de l'État membre d'origine dans l'application du droit de l'Union « ne modifie pas les conditions de recours à la clause d'ordre public »⁷². Elle en a déduit que « le seul fait qu'une action ne soit pas jugée par la juridiction désignée dans une convention attributive de juridiction et que, par conséquent, il ne soit pas statué sur cette action selon le droit de l'État membre dont relève cette juridiction ne saurait être considéré comme une violation du droit à un procès équitable d'une gravité telle que la reconnaissance de la décision sur ladite action serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis »⁷³. Non seulement le seul respect de la clause d'élection de for est sans influence déterminante sur le droit d'accès au juge que la clause contribue à garantir mais la Cour de justice ouvre la voie d'un contrôle de la compétence indirecte au moyen des droits procéduraux des parties⁷⁴ en considérant les obstacles concrets à l'accès au juge, et notamment financiers⁷⁵.

41. Une limite supplémentaire s'ajoute au recours à l'exception d'ordre public international, qui elle aussi a son fondement, en négatif, dans le principe de confiance mutuelle. Par ses arrêts

⁶⁹ CJCE, Krombach, préc., pt.21.

⁷⁰ V., par ex., CJCE, Krombach, préc., pt.35 et s.

⁷¹ CJUE, 6 sept. 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531, Trade Agency, pt.62.

⁷² CJUE, 16 juill. 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, Diageo Brands, pt.48.

⁷³ CJUE, 21 mars 2024, C-90/22, ECLI:EU:C:2024:252, Gjensidige, pt.75.

⁷⁴ V. déjà

⁷⁵ CJUE, 7 sept. 2023, C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633, Charles Taylor Adjusting, pt.40 ; v. déjà Civ.1^{ère}, 16 mars 1999, n°99-17.598, Pordéa, *Bull. I*, n°92.

*Diageo Brands*⁷⁶ et *Meroni*⁷⁷, la Cour de justice a restreint les cas de déclenchement de l'exception d'ordre public international en apportant une modulation à l'appréciation du caractère manifeste de l'atteinte. Elle exige du juge national qu'il tienne compte du fait que, sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin de prévenir en amont une telle violation. Rétrospectivement, cette contrainte rend nécessaire le contrôle des effets de la clause d'élection de for au stade de l'instance directe afin de purger au plus tôt la décision de tout vice qui pourrait affecter sa circulation au sein de l'Union. Cette concentration du contrôle de la régularité internationale dans l'État membre d'origine permet d'en désintermédier, autant que possible, la reconnaissance et l'exécution dans les autres États membres et d'atteindre au mieux l'objectif de reconnaissance mutuelle des décisions. L'utilité d'une disposition textuelle n'en est que renforcée.

42. Si la refonte du règlement « Bruxelles I » refondu étendait son empire aux décisions provenant d'États tiers, elle ne devrait pas s'accompagner d'une extension du principe d'interdiction du contrôle de compétence indirecte du juge des États tiers⁷⁸, à défaut d'uniformisation des règles de compétence qui leur sont applicables⁷⁹, ni du principe de confiance mutuelle, dont les assises tiennent au droit de l'Union, et au partage des valeurs de l'article 2 TUE⁸⁰.

43. Cela signifie que pourrait non seulement être contrôlée la compétence indirecte, ce qui n'est pas le plus intéressant pour notre propos, mais également la compatibilité de la décision avec un ordre public international dont le seuil de déclenchement pourrait être modulé à la baisse, comparé au seuil requis par le principe de confiance mutuelle. En d'autres termes, il serait plus aisé de faire obstacle à la circulation d'une décision provenant d'un État tiers au motif qu'elle a été adoptée par un juge élu au terme d'une clause d'élection de for aux effets néfastes pour l'une des parties. Il ne serait pas requis que la disproportion des atteintes portées au droit de

⁷⁶ Précité.

⁷⁷ CJUE, 25 mai 2016, C-559/14, ECLI:EU:C:2016:349.

⁷⁸ Comp. sur les règles de compétence indirecte qui subordonnent la reconnaissance et l'exécution des décisions, art.5 de la convention de La Haye du 2 juillet 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.

⁷⁹ Comp., confirment le rapport Jénard (*JOCE* 1979, C 59, p. 1, spéc. p.42) en affirmant que le principe d'interdiction du contrôle de la compétence indirecte résulte de l'uniformisation des règles de compétence internationale directive, CJCE, Ass. pl., 7 févr. 2006, Avis 1/03, ECLI:EU:C:2006:81, pt.163.

⁸⁰ CJUE, avis 2/13, préc., pt.168.

cette dernière soit manifeste ni que la partie dont les droits procéduraux sont affectés ait fait usage particulier des voies de recours utiles ouvertes dans l'État tiers d'origine. Demeurerait l'exigence d'un niveau élevé d'entrave concrète à l'accès au juge afin de respecter les prévisions des parties, les besoins du commerce international et de ne pas favoriser de nouvelles stratégies procédurales, au stade de l'instance directe comme de l'instance indirecte.

Conclusion

44. Complémentarité des deux approches ? Probablement, non ! Prévalence de l'une sur l'autre ? Probablement, oui : l'approche fondamentale prévaut sur l'approche conflictuelle. Mais une fois cette affirmation posée, demeure la question : ne pas toucher au texte actuel ou, même, revenir très simplement au texte antérieur, celui de la convention de Bruxelles de 1968, constat fait que la rédaction « Bruxelles I bis » ne résout rien car elle a engendré davantage de questions qu'elle n'a apporté de réponses. Au contraire, tenter de rédiger une proposition à partir, soit de l'accessibilité (ce que l'approche fondamentale suggère désormais), soit de la prévisibilité (ce que l'approche jurisprudentielle éprouvée suggère peut-être encore), à savoir les critères qui semblent bien être, l'un ou l'autre, la clef de compréhension de la future disposition...

45. Deux exigences doivent alors être présentes à l'esprit.

46. D'une part, il ne saurait être question de chercher à priver d'effet toute clause attributive de juridiction qui ne mettrait pas les parties sur un pied de stricte égalité. Comme cela a été bien montré, ce serait là une position dangereuse qui fragiliserait de trop nombreuses clauses. Au surplus – et c'est peut-être là l'enseignement principal qui doit être tiré tant du droit commun que du droit spécial français évoqués, chaque fois qu'il a été question de « sanctionner » le déséquilibre contractuel, c'est à la seule condition que ce déséquilibre soit « significatif » – c'est le terme usuel du droit des obligations –, soit « manifeste » – c'est le terme usuel du droit international privé, en ce compris du droit international privé de l'Union – !

47. D'autre part, et à l'inverse – cela a été souligné en point d'entrée de cette contribution –, il ne faut pas oublier que la stricte égalité peut être stipulée en apparence et pourtant en réalité heurter le droit fondamental d'accès au tribunal.

48. Ces diverses précautions évoquées, l'exercice peut être tenté non sans préciser qu'il est fait le choix de manière délibérée de pas rattacher la question du « déséquilibre » à la validité, ne sachant – en l'état – le sort qui lui sera réservé par la CJUE avec l'arrêt *Societa Italiana Lastre SpA*. Ainsi, nous proposons de réécrire la disposition comme suit :

« Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État 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 État membre]~~. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties et sous réserve de ne pas manifestement priver l'une des parties de son droit d'accès à la juridiction d'un État membre. »