

# Réflexions sur les clauses d'élection de for en droits de la concurrence et de la consommation

**Philippe Guez**  
**Professeur à l'Université Paris Nanterre**  
**Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires Henri Motulsky**  
**Directeur du CEJEC**



Cette contribution est issue d'un colloque organisé par le CEDCACE, le CEJEC et l'Université de Salvador, à Nanterre, le 17 février 2023, intitulé « Droit de la concurrence et de la consommation : niveaux d'intervention et intérêts croisés ». Les actes en sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

1. Dans les litiges internationaux, les clauses attributives de juridiction, où d'élection de for, sont couramment présentées comme un instrument de prévisibilité : en choisissant, le plus souvent avant tout litige, le juge qui connaîtra de leurs différends éventuels, les parties écartent par anticipation toute incertitude relative à la compétence juridictionnelle. La réalité est tout autre au vu du contentieux abondant qu'elles suscitent<sup>1</sup>. Loin d'apaiser les tensions, de telles clauses sont perçues comme une source d'inconvénients par la partie en situation de faiblesse qui n'a pu ni en discuter les termes, ni en modifier le contenu. Ainsi, la perspective de devoir engager une procédure à l'étranger peut parfois constituer un véritable handicap pour le plaideur fragile économiquement qui devra supporter le coût d'une procédure dans un autre État. À cela s'ajoute le fait que les clauses d'élection de for ont des répercussions non négligeables sur le terrain substantiel : choisir un juge, c'est aussi choisir le système de conflit de lois de l'État dont les juridictions sont désignées (lesquelles appliqueront également leurs propres conceptions de l'ordre public international). Délocaliser le litige dans un État avec lequel il présente des liens plus ténus peut conduire indirectement à écarter l'application d'une loi que l'un des plaideurs pourrait considérer comme étant contraire à ses intérêts (loi qui aurait été appliquée par la juridiction dont la compétence est écartée). Ce but n'est pas forcément étranger à la partie en position de puissance économique qui impose la clause à son partenaire.

---

<sup>1</sup> Un auteur des plus autorisés s'est même demandé, au vu de la prolifération du contentieux relatif aux clauses d'élection de for, si elles atteignaient toujours leur but, « à savoir éviter toute incertitude et tout litige sur la compétence judiciaire » (H. Gaudemet-Tallon, note sous CA Paris, 10 octobre 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 605). Pour une critique analogue, v. not. M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ 2020, n° 427 ; M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, éd. Panthéon-Assas, 2021.

Afin de ne pas ôter toute utilité aux clauses d'élection de for, un équilibre, souvent fragile, doit être trouvé entre la commodité des plaideurs et les risques auxquels peut conduire un choix sur la compétence, plus subi que véritablement accepté, notamment dans les contrats d'adhésion. Cet équilibre est à rechercher dans les dispositions applicables aux clauses d'élection de for dont les sources sont multiples. En matière civile et commerciale, les clauses d'élection de for relèvent en principe du droit de l'Union européenne<sup>2</sup> chaque fois que le juge désigné est celui d'un État membre<sup>3</sup>. Lorsque tel n'est le cas, il convient d'appliquer, selon la configuration du litige, les règles du droit commun français ou le droit conventionnel<sup>4</sup>.

2. Dans le cadre de cette journée d'étude, nous avons choisi d'entamer une réflexion sur les clauses en droits de la concurrence et de la consommation. Cette approche peut se justifier par les liens étroits unissant ces deux droits. À maints égards, leur confrontation peut s'avérer enrichissante<sup>5</sup>. S'agissant plus particulièrement des clauses d'élection de for, l'un et l'autre se trouvent confrontés aux mêmes problématiques. Il n'est pas inintéressant, à cet égard, d'observer les réponses qui sont les leurs.

Avant d'aller plus loin, observons que la rencontre entre les clauses d'élection de for et la protection du consommateur est déjà ancienne. Elle s'est affirmée dans le cadre du droit européen. Au fil des évolutions des règles européennes de conflit de juridictions, cette protection s'est considérablement renforcée. La rencontre entre les clauses d'élection de for et le droit de la concurrence est plus récente en jurisprudence (parce que les contentieux ayant une dimension internationale sont devenus plus fréquents depuis une quinzaine d'année<sup>6</sup>). Une telle rencontre ne suscite pas l'étonnement dans la mesure où les pratiques anticoncurrentielles présentent bien souvent une dimension internationale.

3. Les questionnements auxquels sont confrontés les droits de la concurrence et de la consommation sont principalement de deux ordres :

---

<sup>2</sup> Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « règlement Bruxelles I bis »), qui a refondu le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (dit « Bruxelles I »).

<sup>3</sup> Sous réserve de l'application de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for (v. *infra* note suivante).

<sup>4</sup> Les conventions internationales auxquelles la France a adhéré sont la convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dite « Lugano II ») qui s'applique entre les États de l'UE et de l'AELE (soit dans les relations entre l'UE et l'Islande, la Norvège et la Suisse) et la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for (en vigueur entre les États de l'UE et le Mexique, Singapour, le Monténégro, le Royaume Uni (depuis le Brexit) et l'Ukraine). Lorsque la clause désigne le tribunal ou les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne, la convention s'applique si au moins l'une des parties réside à la fois dans un État non membre de l'Union européenne et partie à la convention (article 26§6). Relevons que cette convention ne s'applique pas aux accords d'élection de for conclus par « une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) » (article 2§2, a)) et exclut de son champ d'application le contentieux des atteintes à la concurrence (article 2§2, h)).

<sup>5</sup> Cf. M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, coll. Nouv. Bibl. Th., vol. 7, Dalloz, 2001.

<sup>6</sup> L. Idot, « La localisation du dommage en cas d'atteinte à la concurrence », in O. Boskovic et C. Kleiner (dir.), *La localisation du dommage en droit international privé*, RD aff. int. 2022, n° 6, p. 617. D'une manière générale, il y a lieu d'observer que la montée en puissance des actions en responsabilité dans le droit des pratiques anticoncurrentielles est somme toute assez récente (v. W. Chaichloudji, « La percée de la responsabilité civile dans le droit des pratiques anticoncurrentielles », RTD civ. 2023, p. 21).

En premier lieu, on l'a dit, les clauses d'élection de for peuvent conduire à la désignation d'un juge qui appliquera une loi plus libérale que celle qu'aurait appliquée celui dont la compétence est exclue. Elles portent donc potentiellement le risque de l'éviction des droits de la concurrence et de la consommation de source nationale et européenne. Pour le dire autrement, l'effectivité du droit peut se heurter à l'efficacité de la clause. Un choix devra être fait en fonction de ce qui est perçu comme plus essentiel. C'est, ainsi, le risque d'éviction du droit par la clause d'élection de for que l'on abordera dans un premier temps.

En second lieu, les clauses d'élection de for peuvent mettre en relation des parties fortes et des parties faibles. Le droit de la consommation a été conçu pour protéger le consommateur. Le droit de la concurrence connaît également des litiges opposant des faibles et des forts. Quelles réponses peuvent-ils apporter afin d'écartier la clause d'élection de for qui serait abusive ? C'est, alors, l'éviction de la clause d'élection de for par le droit qui sera envisagée.

### **I. Le risque d'éviction des droits de la consommation et de la concurrence par la clause d'élection de for**

4. Le risque que la protection dont le consommateur bénéficie dans son État puisse être contournée par une clause attributive de compétence en faveur d'un tribunal étranger est pour ainsi dire inexistant. Par différents mécanismes, le droit international privé s'efforce de préserver l'effectivité de la protection du consommateur, tant sur le terrain substantiel que processuel. S'agissant du conflit de lois, le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles adopte comme rattachement de principe, sous certaines conditions, « la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle » (article 6§1). Il s'agit de permettre au consommateur de bénéficier dans tous les cas de la protection qui est organisée dans son État. Afin de garantir l'efficacité de cette protection, il est prévu que les dispositions impératives de son État demeurent applicables même si les parties ont choisi la loi d'un autre État. Ce régime protecteur se trouve renforcé par les règles européennes de compétence juridictionnelle qui érigent en principe le for du domicile du consommateur. Ainsi, non seulement le consommateur défendeur ne peut être attiré que devant le tribunal de l'État membre de son domicile (article 18§2 du règlement Bruxelles I bis), mais surtout, il a la possibilité, lorsqu'il est demandeur, d'agir devant le tribunal de son domicile et ce même si le défendeur est domicilié dans un État tiers (article 18§1 du règlement Bruxelles I bis). Ce régime protecteur est renforcé par une prohibition de principe des clauses d'élection de for : celles-ci ne sont permises que si elles sont postérieures à la naissance du différend ou si elles permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles qui sont déjà compétentes (article 19§1 et §2 du règlement Bruxelles I bis)<sup>7</sup>. Observons que le consommateur est protégé tant à l'égard des clauses qui attribuent compétence à des juridictions d'États européens qu'à l'égard de

---

<sup>7</sup> Il existe une troisième possibilité qui n'est pas favorable au consommateur mais dont la portée pratique est des plus limitées. Selon l'article 19§3, il est possible de déroger aux règles de compétence protectrices du consommateur par des conventions « passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, [qui] attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ». Le but de cette règle est d'empêcher le contractant du consommateur de subir un changement de domicile du consommateur dans un autre État après la conclusion du contrat. Cette règle ne joue pas si la loi du domicile ou de la résidence habituelle commune interdit de telles conventions. Or, tel est le cas précisément du droit interne français, l'article 48 du Code de procédure civile n'autorisant les clauses attributives de juridiction qu'entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant (H. Gaudemet-Tallon et M.-É. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, n° 313). À cela, il convient d'ajouter que le caractère abusif de la clause a été reconnu par la Cour de justice dans les relations internes (v. *infra*, n° 11). Si la clause est abusive lorsque le consommateur et son contractant ont leur domicile ou résidence habituelle dans le même État au moment de la formation du contrat, on voit mal comment elle perdrait ce caractère en cas de changement de domicile du consommateur dans un autre État.

celles qui attribuent compétence à des juridictions d'États tiers. Il n'est donc pas possible d'évincer l'application des dispositions impératives de l'État du consommateur en lui imposant une clause désignant la compétence d'un tribunal ou des tribunaux d'un État étranger (du moins tant que les dispositions protectrices du règlement Bruxelles I bis sont applicables)<sup>8</sup>.

5. Rien de tel en droit de la concurrence. Il n'existe pas en ce domaine de règles spécifiques de compétence internationale. Lorsque le règlement Bruxelles I bis est applicable – ce qui sera le cas lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre – un « éparpillement des fors disponibles » peut être observé<sup>9</sup>. Afin de faciliter le contentieux du *private enforcement* et, partant, de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence, la CJUE adopte le plus souvent une conception souple de certains chefs de compétence<sup>10</sup>. Elle ménage ainsi le choix du demandeur en lui permettant, dans bien des cas, de saisir le for de son domicile. Cela peut être observé s'agissant du for des codéfendeurs (qui permet, par exemple, de poursuivre l'ensemble des membres d'un cartel devant le juge du domicile de l'un d'eux), mais aussi à propos de l'option de compétence prévue pour les actions en matière délictuelle (article 7§2 du règlement Bruxelles I bis). L'interprétation qu'en donne la Cour de justice permet, dans la plupart des cas, de localiser le lieu où le dommage a été subi « au lieu du marché affecté où le demandeur subi un préjudice »<sup>11</sup>. Cette localisation assure une meilleure protection des victimes dans la mesure où le lieu du préjudice subi coïncide le plus souvent avec celui de leur domicile.

Encore cela suppose-t-il que le litige relève de la matière délictuelle. Or, dans bon nombre de cas, un contrat lie la victime avec l'auteur de l'atteinte à la concurrence. L'on sait toutefois que les matières contractuelles et délictuelles sont autonomes et que leur interprétation par la CJUE peut être d'une grande subtilité, pour ne pas dire plus. Sans entrer dans les détails, relevons que depuis l'arrêt *Wikinghof c/ Booking*<sup>12</sup>, la Cour privilégie la nature délictuelle des actions en réparation : si le comportement litigieux découle de la violation d'une obligation légale (i.e. celle qui détermine le caractère illicite d'une pratique anticoncurrentielle) et qu'il n'est pas nécessaire d'interpréter le contrat pour établir son caractère illicite, le litige relève de la matière délictuelle. L'existence d'un contrat n'est plus alors un obstacle à la saisine du for délictuel ce qui, on l'a vu, avantage les victimes d'atteintes à la concurrence.

---

<sup>8</sup> V. *infra* n° 13.

<sup>9</sup> M.-L. Niboyet, « Les questions de compétence judiciaire », in L. Idot (dir.), *Le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, *Concurrences* n° 2-2009, p. 61.

<sup>10</sup> Cf. V. Pironon, « L'adaptation des règles de compétence juridictionnelle issues du règlement Bruxelles I bis aux actions en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle », *JDI* 2023, doct. 2., p. 79, qui relève que « derrière des solutions en apparence techniques pourrait se dissimuler la volonté d'accompagner le développement des actions en réparation transfrontalières en adaptant les règles de compétence juridictionnelle à la spécificité des actions en réparation des préjudices concurrentiels » (spéc. n° 7).

<sup>11</sup> L. Idot, « La localisation du dommage en cas d'atteinte à la concurrence », préc.

<sup>12</sup> CJUE, gr. ch., 24 novembre 2020, aff. C-59/19, *JCP G* 2020, 1392, obs. D. Berlin ; *D. act.*, 15 déc. 2020, obs. Fr. Mélin ; *LEDICO*, janv. 2021, p. 7, obs. H. Meur ; *JCP E* 2021, 1124, §7, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2021, comm. 39, obs. L. Idot ; *Procédures* 2021, comm. 68, obs. C. Nourissat ; *Contrats, conc. cons.* 2021, comm. 4, note M. Malaurie-Vignal et comm. 14, obs. D. Bosco ; *Comm. com. électr.* 2021, chron. 1, §5, obs. M.-É. Ancel ; *Juris tourisme* 2021, n° 238, p. 11, obs. X. Delpech ; *RDC* 2021, p. 90, obs. B. Haftel et p. 147, obs. A. Tenenbaum ; *RD aff. int.* 2021, p. 526, note Ph. Guez ; *D.* 2021, p. 1064, note R. Amaro et F. Jault-Seseke et p. 1842, obs. S. Bollée ; *Concurrences* n° 1-2021, p. 181, obs. P. Cardonnel ; *Rev. crit. DIP* 2021, p. 440, note L. Idot ; *RTD com.* 2021, p. 229, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.* 2021, p. 411, obs. M.-É. Ancel ; *JDI* 2021, comm. 22, note H. Meur.

Il reste que si les options offertes au demandeur conduisent à consacrer un *forum actoris* en lui permettant le plus souvent de choisir le for de son domicile, elles n'empêchent pas les clauses d'élection de for de s'appliquer aux litiges en droit de la concurrence. La jurisprudence s'efforce toutefois d'encadrer le jeu de l'autonomie de la volonté. Deux procédés ont tour à tour été mobilisés afin de cantonner l'efficacité de la clause : la qualification du litige, d'une part, et le domaine d'application de l'élection de for, d'autre part.

6. Pendant un temps, la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation se sont opposées au sujet du sort des clauses relatives à la compétence<sup>13</sup>. De crainte, sans doute, que cette clause puisse gêner l'action en responsabilité de la victime de pratiques restrictives de concurrence (notamment en matière de rupture brutale des relations commerciales établies<sup>14</sup>), la chambre commerciale écartait la clause lorsque la responsabilité était délictuelle<sup>15</sup>. De son côté, la première chambre civile estimait que la clause devait recevoir application indépendamment de la nature de la responsabilité<sup>16</sup>. Les termes de cette controverse, aujourd'hui terminée – la chambre commerciale s'étant alignée sur la position de la première chambre civile<sup>17</sup> –, étaient mal posés<sup>18</sup>. En effet, il est admis de longue date qu'une clause attributive de juridiction peut s'appliquer à un litige de nature extracontractuelle et ce quand bien même elle a été stipulée dans le cadre d'un contrat<sup>19</sup>. Ce qui importe, c'est que les parties aient eu la volonté d'inclure le différend qui les oppose dans le domaine d'application de la clause. Pour le dire autrement, la clause peut s'appliquer à un acte anticoncurrentiel ouvrant une action en réparation de nature délictuelle si elle a prévu de le faire.

7. Il convient, dans ces conditions, d'interpréter la clause afin de vérifier si le manquement anticoncurrentiel à l'origine du litige fait partie des différends qu'elle englobe. Cette démarche a été

---

<sup>13</sup> R. Pihéry, « Les clauses attributives de juridiction à l'épreuve du droit de la concurrence », *AJ Contrat* 2016, p. 235.

<sup>14</sup> Cf. D. Sindres, « La rupture du contrat commercial », *AJ Contrats aff* 2016, p. 464 ; J. Jourdan-Marques, « Le contentieux international de la rupture brutale des relations commerciales établies », *AJ contrat* 2019, p. 60 ; M. Combet, « La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen », *Rev. Lamy conc.* 2022/133, n° 4196, p. 37.

<sup>15</sup> Cass. com., 6 février 2007, n° 04-13.178, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *JCP G* 2007, II, n° 10108, note F. Marmoz et I, n°185, §11, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2007, act. jur. p. 653, obs. E. Chevrier et pan. p. 1694, obs. A. Ballot-Léna ; *RDC* 2007, p. 731, obs. J.-S. Borghetti ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2007/19, n° 1193, p. 67, note C. Nourissat ; *JCP G* 2008, I, n° 112, § 3, obs. A. Lecourt et *JCP E* 2008, p. 1638, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2007, p. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. P. Delebecque.

<sup>16</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946, *Bull. civ.* I, n° 93, *D.* 2007, act. jur. p. 951, obs. E. Chevrier ; *Rev. Lamy Dr. Aff.* 2007/19, n° 1193, p. 67, note C. Nourissat ; *JCP G* 2008, I, n° 112, § 3, obs. A. Lecourt et *JCP E* 2008, p. 1638, obs. D. Mainguy ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. P. Delebecque.

<sup>17</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10.216, *D.* 2010, panor. p. 2544, obs. N. Dorandeu ; Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11.570, *Contrats, conc. consom* 2012, comm. 208, obs. N. Mathey.

<sup>18</sup> Comme le souligne justement M. Sindres, « il n'existe, en réalité, aucune corrélation entre la qualification de l'action et le sort des clauses de règlement des litiges » (« La rupture du contrat commercial », préc. *Contra* D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011, p. 1495, qui semble considérer qu'en se prononçant en faveur de l'application de la clause, la première chambre civile estimerait « que la responsabilité est contractuelle »).

<sup>19</sup> Cf. A. Huet, « La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *Trav. com. fr. DIP* 1981-1982, p. 17, spéc. p. 30, qui estime que les « attributions conventionnelles de juridiction » peuvent « concerner le contentieux extracontractuel », même si elles trouvent « en matière contractuelle leur terrain de prédilection ».

adoptée par la CJUE dans deux arrêts qu'il y a lieu d'analyser conjointement : l'arrêt *CDC Hydrogen Peroxyde* rendu en 2015<sup>20</sup> et l'arrêt *eBizcuss* rendu en 2018<sup>21</sup>. Sans entrer dans le détail de ces deux affaires, leur analyse conjointe semble déboucher sur la solution suivante : lorsque l'infraction au droit de la concurrence ne trouve pas son origine dans les rapports contractuels, la clause, pour être efficace, doit indiquer expressément qu'elle s'applique au manquement anticoncurrentiel objet du litige (solution *CDC*, rendue en matière d'entente horizontale (article 101 TFUE)). Cette exigence est imposée pour des raisons de prévisibilité (le défendeur pouvant penser qu'à défaut de précision, la clause ne s'applique pas au litige). En revanche, lorsque le comportement anticoncurrentiel à l'origine du différend se matérialise dans les relations contractuelles, le seul fait que la clause ne s'y réfère pas expressément ne permet pas d'exclure son application (solution *eBizcuss*, rendue à propos d'un abus de position dominante (article 102 TFUE)). On relèvera que la nature du comportement à l'origine du différend importe peu. Celui-ci peut tout aussi bien être de nature délictuelle ou contractuelle. Ce qui compte, c'est qu'il se rattache au contrat dans le cadre duquel la clause a été conclue. Cette solution laisse une assez grande place aux clauses d'élection de for. Rappelons que de nombreux litiges trouvent leur origine dans la relation contractuelle liant l'auteur du comportement allégué à la victime (par exemple, un abus de position dominante dans le cadre d'une relation verticale de distribution, sans compter la plupart des pratiques restrictives de la concurrence). Elle peut toutefois d'avérer délicate à mettre en œuvre. Il convient, en effet, de déterminer au cas par cas si le comportement anticoncurrentiel allégué est ou non étranger au rapport contractuel. Afin d'éviter toute incertitude, il serait sans doute plus prudent que les rédacteurs des clauses précisent expressément qu'elles s'appliquent aux différends nés d'infractions au droit de la concurrence<sup>22</sup>.

**8.** Lorsque les conditions d'application des clauses d'élection de for sont réunies, leur utilisation peut conduire à l'éviction des lois de concurrence jugées trop contraignantes. Il suffit, pour ce faire, que la clause désigne le tribunal d'un État dont le marché n'est pas affecté par la pratique incriminée et qui serait peu enclin à appliquer un droit éloigné de ses conceptions. Au premier abord, la possibilité de stratégies de *Law shopping* interroge dans la mesure où le droit des pratiques anticoncurrentielles est ordinairement qualifié de lois de police. Il en va de même, semble-t-il, pour certaines pratiques restrictives de concurrence de source interne<sup>23</sup>. On pourrait penser que cette impérativité ne devrait pas pouvoir être aisément contournée. Pourtant, depuis l'arrêt *Monster Cable*,

---

<sup>20</sup> CJUE, 4<sup>e</sup> ch. 21 mai 2015, aff. C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxyde SA* : *Europe* 2015, comm. 287, obs. L. Idot ; *Procédures* 2015, comm. 225, obs. C. Nourissat ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 211, obs. G. Decocq ; *JCP G* 2015, 655, obs. D. Berlin ; *D. act.* 15 juin 2015, obs. F. Mélin ; *D.* 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout et 2016, p. 964, obs. D. Ferrier et p.1045, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ Contrats aff.* 2015, p. 382, obs. A.-M. Luciani ; *RTD eur.* 2015, p.807, obs. L. Idot ; *Concurrences* 2015, p. 145, obs. A. Lacresse.

<sup>21</sup> CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 24 octobre 2018, aff. C-595/17, *Apple Sale International c/. MJA (eBizcuss)* : *Europe* 2018, comm. 496, note L. Idot ; *Procédures* 2018, comm. 369, note C. Nourissat ; *D. act.* 26 novembre 2018, obs. F. Mélin ; *D.* 2018, p. 2338, note H. Gaudemet-Tallon ; *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 11, obs. D. Bosco ; *AJ Contrat* 2019, p. 31, note G. Parléani ; *RD aff. int.* 2019, p. 205, obs. Ph. Guez ; *RTD civ.* 2019, p. 289, obs. L. Unisier ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 786, note L. Idot.

<sup>22</sup> En ce sens, v. H. Gaudement-Tallon, note sous CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 24 octobre 2018, préc.

<sup>23</sup> Cass. com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536, *JCP G* 2020, 1000, §4, obs. C. Nourissat ; *JT* 2020, n°s 233, p. 11, obs. X. Delpech ; *D.* 2020, p. 1970, obs. L. d'Avout et p. 2421, obs. G. Anou ; *AJ contrat* 2020, p. 495, obs. G. Chantepie ; *Contrats, conc. cons.* 2020, comm. 140, note N. Mathy ; *JCP E* 2020, 1375, note M. Behar-Touchais ; *Rev. crit. DIP* 2020, p. 839, note D. Bureau ; *Rev. Lamy conc.* 2020/99, n° 3924, p. 28, note G. Leroy et S. Beaumont ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2020/164, n° 7082, p. 28, note Y. Heyraud ; *D. act.* 1<sup>er</sup> sept. 2020, obs. C. Bonnet ; *JCP E* 2020, 1522, §3 et 9, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2020, p. 840, obs. L. Usunier ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 32, p. 18, obs. H. Meur ; *RD aff. int.* 2021, p. 513, note N. Gaucher-Mbodji.

la Cour de cassation estime que l'existence d'une loi de police du for applicable au fond du litige ne fait pas obstacle à l'efficacité de la clause d'élection de for en faveur d'un État étranger<sup>24</sup>. Rendue en droit commun des conflits de juridictions, la solution est sans doute transposable dans le cadre des relations intra-européennes. En effet, la réglementation des clauses d'élection de for par le droit européen ne tient pas compte des règles appliquées au fond pas la juridiction choisie<sup>25</sup>.

Sans doute faut-il distinguer le sort des pratiques restrictives de concurrence du sort des pratiques anticoncurrentielles<sup>26</sup>. Enraciné dans le cadre juridique et économique national, le « petit » droit de la concurrence peut tout aussi bien être évincé par une clause désignant un tribunal européen ou un État tiers. Encore faut-il réserver l'hypothèse de l'action du ministre en charge de l'économie. La clause ne lui étant pas opposable<sup>27</sup>, celui-ci peut agir en justice devant les juridictions françaises, « réactivant » par la même occasion l'impérativité du droit français des pratiques restrictives de concurrence<sup>28</sup>.

La situation est différente s'agissant du droit européen des pratiques anticoncurrentielles. Le risque d'éviction est pour ainsi dire inexistant lorsque la clause désigne les juridictions d'un État membre. Quel que soit, en effet, le tribunal compétent, les articles 101 et 102 du TFUE seront appliqués. En revanche, si la clause désigne les juridictions d'un État tiers, l'application du droit européen de la concurrence s'en trouvera compromise. On peut se demander qu'elle serait alors la position de la CJUE si elle était interrogée. Renoncerait-elle « aussi facilement à l'applicabilité de normes issues du droit primaire de l'Union européenne »<sup>29</sup> ? Son intervention supposerait qu'elle admette sa propre compétence, ce qui n'est pas évident dans la mesure où la clause désignant les juridictions d'un État tiers n'est pas régie par le droit européen.

**9. Comment préserver l'application du droit de la concurrence en présence d'une clause d'élection de for ? Poser cette question revient à se demander s'il faudrait revenir sur la jurisprudence *Monster***

---

<sup>24</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *JCP G* 2008, act. n° 645, obs. É. Cornut et II, n° 10187, note L. d'Avout ; *JCP E* 2008, p. 2535, note N. Mathey ; *Procédures* 2008, comm. 331, obs. C. Nourissat ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JDI* 2009, p. 599, note M.-N. Jobart-Bachelier et F.-X. Train ; *D.* 2008, act. jur. p. 2790, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009, jur. p. 200, note F. Jault-Seseke et panor. p. 2384, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. Ph. Delebecq ; *Gaz. Pal.* 2009, jur. p. 535, note Ph. Guez ; *RDC* 2009, p. 197, note M. Behar-Touchais et p. 691, note É. Treppoz ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2008/55, n° 3210, p. 13, obs. V. Maugeri ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2009/36, n° 2213, p. 63, note G. Chabot. Adde A. Huet, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude de droit commun) », *D.* 2009, chron. p. 684 ; D. Bureau et H. Muir Warr, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1 ; H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siebr, Schulthess, Zürich, Eleven International Publishing, The Hague, 2010*, p. 707 ; M.-N. Jobart-Bachelier, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345.

<sup>25</sup> H. Gaudemet-Tallon et M.-É. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc., n° 161.

<sup>26</sup> Pour une défense de l'idée que les pratiques restrictives de concurrence « ne sont en réalité que des pratiques anticoncurrentielles irréfragablement présumées », v. A.-M. Lucciani, « Une histoire juridique d'amour-haine : le contrôle des pratiques restrictives de concurrence », in *Les frontières du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman*, CEPRISCA, Amiens, 2014, p. 105, spéc. p. 109.

<sup>27</sup> En ce sens, v. M.-A. Frison-Roche et J.-Ch. Roda, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, n° 809 ; D. Bureau, note sous Cass. com., 8 juillet 2020, préc., spéc. n° 13, p. 851.

<sup>28</sup> D. Bureau, note sous Cass. com., 8 juillet 2020, préc.

<sup>29</sup> L. Usinier, obs. sous CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 24 octobre 2018, préc.

*Cable*. Une telle suggestion peut sembler trop radicale, en raison notamment du flou entourant la notion de loi de police. La qualification, souvent d'origine prétorienne, apparaît parfois incertaine. Le droit des pratiques restrictives de concurrence, dont le caractère de loi de police a donné lieu à des hésitations en doctrine et en jurisprudence, en est une illustration. L'on peut craindre également que l'illicéité de la clause d'élection de for au seul motif de la présence d'une loi de police du for ne complique la conclusion de contrats internationaux.

Sans doute l'éviction du droit de la concurrence par le juge élu pourrait-elle être sanctionnée au stade de la reconnaissance de la décision étrangère. Dans cette perspective, serait refusée comme étant contraire à l'ordre public international l'*exequatur* du jugement qui, compte tenu du droit applicable au litige, a ignoré la loi de police (qu'elle soit d'origine nationale ou européenne). Un tel contrôle *a posteriori* est cependant voué à l'échec lorsque aucune demande d'*exequatur* n'est formulée, par exemple en cas de décision de débouté. D'autres voies devront être explorées afin de « réactiver » l'impérativité.

On sait qu'en droit interne, des compétences spéciales ont été érigées au profit de certaines juridictions pour connaître des pratiques restrictives de concurrence (articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce). L'idée de conférer à ces dispositions un caractère internationalement impératif peut sembler séduisante<sup>30</sup>. Elle présente l'avantage de bien dissocier la question de la compétence du juge de celle de la loi applicable. Seules, en principe, des considérations d'ordre procédural (bonne administration de la justice, commodité des plaideurs) devraient présider à la détermination des chefs de compétence, ainsi qu'à leur impérativité. Cela n'empêche pas que les raisons pouvant justifier la qualification de loi de police (par exemple, la protection d'une partie faible) puissent se retrouver sur le terrain processuel. Mais cette concomitance ne signifie pas que le caractère impératif de la compétence juridictionnelle se trouve automatiquement subordonné à l'existence d'une loi de police.

---

<sup>30</sup> En ce sens, v. E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », *RTD com.* 2018, p. 1083.

Une autre solution, s'inspirant du droit comparé<sup>31</sup> et du droit conventionnel<sup>32</sup>, consisterait à mettre en place un contrôle *a priori* de la clause d'élection de for<sup>33</sup>. Dans cette hypothèse, l'application de la clause ne serait paralysée pour la seule raison qu'une loi de police du for est applicable. Elle pourrait toutefois être neutralisée s'il apparaît que le juge élu n'appliquera vraisemblablement pas cette loi de police. Une telle suggestion se veut équilibrée, en ce qu'elle n'écarter la clause que lorsque ses effets néfastes semblent avérés. Tout dépend, en définitive, de quelle façon un tel contrôle sera mis en œuvre. Faudra-t-il constater effectivement que le juge élu ignorera la loi de police ou pourra-t-on se fonder sur une simple possibilité ? Se contenter d'un contrôle sommaire risquerait d'écarter un peu trop systématiquement la clause en présence d'une loi de police...

## II. L'éviction de la clause d'élection de for par les droits de la consommation et de la concurrence

10. Le droit de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation) et le droit des pratiques restrictives de concurrence (article L 442-1, I, 2° du Code de commerce (anc. art. L. 442-6, I, 2°)) ont ceci en commun qu'ils prennent en compte le « déséquilibre significatif » des droits et obligations des parties pour paralyser certaines clauses abusives. La question se pose alors de savoir si la clause d'élection de for pourrait être qualifiée d'abusives lorsque sa mise en œuvre est susceptible d'entraver l'action en justice de la partie faible, qu'elle soit ou non réputée faible.

11. En droit de la consommation, la CJCE a depuis longtemps admis dans les relations internes qu'une clause d'élection de for pouvait être abusive : une première fois dans l'arrêt *Oceano Grupo* du

---

<sup>31</sup> V. not. la jurisprudence allemande : BGH, 5 septembre 2012, VII ZR 25/12, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 898, note F. Jault-Seske. Dans le même sens, v. OLG München, 17 mai 2006, *EWiR* 2006, p. 621, note R. Emde ; *WM* 2006, p. 1556 ; *IHR* 2006, p. 166 avec la note de K.-H. Thume p. 169 ; *TranspR* 2006, p. 317 ; *OLGR München* 2007, p. 138 ; *IPRax* 2007, p. 322 avec la note de G. Rühl p. 294 ; *SchiedsVZ* 2007, p. 246, note D. Quinke ; *www.sl-dip.com*, nov. 2009, avec la note de Ph. Guez. V. égal. la jurisprudence américaine dans l'affaire *Lloyd's* (Cour fédérale d'appel des Etats-Unis (7e circuit), 5 août 1993, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 531. Sur cet arrêt, cf. H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 509). En l'espèce, une décision rendue par une cour fédérale a jugé licite une clause en faveur des juridictions anglaises alors qu'elle avait pour conséquence d'évincer une loi de police américaine en estimant que « les remèdes judiciaires disponibles devant le juge anglais permettent de protéger les droits des demandeurs au fond sans subvertir les objectifs de la loi américaine ».

<sup>32</sup> En particulier de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. L'article 6 *c)* de cette convention prévoit que le tribunal non élu n'est plus obligé de surseoir à statuer ou de se dessaisir, lorsque donner effet à l'accord « serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». La question peut alors se poser de savoir si cet ordre public pourra englober les lois de police du for et, surtout, de quelle manière sera interprété l'adverbe « manifestement ». Selon un auteur, il est possible que le juge non élu n'aura « aucune inhibition à donner effet à une disposition restrictive de son propre droit, s'il estime que les intérêts poursuivis par sa loi sont en cause » (B. Audit, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relatives aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 171, spéc. p. 185-186).

<sup>33</sup> En ce sens, v. not. M.-N. Jobart-Bachelier, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », préc. et E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », préc.

27 juin 2000<sup>34</sup>, puis dans l'arrêt *Pannon* du 4 juin 2009<sup>35</sup>. Ajoutons que la clause attributive de juridiction semble indirectement visée par l'article R. 212-2 du Code de la consommation. Ce texte, rappelons-le, comporte une liste de clauses présumées abusives parmi lesquelles figurent les clauses ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur » (article R. 212-2, 10<sup>e</sup>). À l'évidence, une clause d'élection de for peut, dans certains cas, dissuader le consommateur d'agir en justice s'il est obligé de saisir une juridiction éloignée géographiquement et d'engager des frais élevés par rapport à l'enjeu du litige.

**12.** À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur le caractère abusif de la clause d'élection de for en droit international privé européen. De prime abord, ce constat n'a rien de surprenant dans la mesure où le règlement Bruxelles I bis assure une protection particulièrement efficace du consommateur. Rappelons que la clause – qu'elle désigne les tribunaux d'un État membre où les tribunaux d'un État tiers – n'est admise que lorsqu'elle est postérieure à la naissance du différend ou lorsqu'elle permet au consommateur de saisir d'autres tribunaux en plus de ceux qui sont compétents<sup>36</sup>. Pourtant, il serait hâtif de conclure à l'inutilité du recours au droit de la consommation. Le règlement Bruxelles I bis ne couvre pas toutes les situations. En matière de contrats conclus par les consommateurs, les dispositions spécifiques du règlement ne s'appliquent que si le contrat est une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels (article 17§1 a)), un prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement de la vente de tels objets (article 17§1 b)) ou bien, dans tous les autres cas, lorsque le contractant du consommateur exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités (article 17§1 c)). De plus, le règlement ne s'applique pas aux contrats de transport sauf lorsqu'il combinent voyage et hébergement (article 17§3).

Subsistent donc des hypothèses où le consommateur ne sera pas protégé, même si elles sont plutôt marginales. En effet, la refonte du règlement Bruxelles I a permis d'étendre le champ d'application des dispositions protectrices du consommateur. Avant le règlement Bruxelles I bis, ces dispositions ne s'appliquaient que si le défendeur (généralement le contractant du consommateur) était domicilié dans un État membre. Ainsi, par exemple, le consommateur n'était pas protégé contre une clause en faveur du juge d'un État tiers si son cocontractant était domicilié dans un État tiers et ce quand bien même celui-ci dirigeait ses activités vers l'État du domicile du consommateur. Désormais, le consommateur peut agir contre son cocontractant « quel que soit le domicile de l'autre partie » (article 18§1). Il reste néanmoins toujours des cas où la protection de la partie faible fait défaut. Par exemple, on l'a indiqué, en matière de contrat de transport, ou quand le consommateur contracte en ligne avec un contractant qui ne dirige pas son activité dans l'État où il a son domicile.

---

<sup>34</sup> CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, Rec. CJCE 2000, I, p. 4941 ; *Europe* 2000, comm. 280, note L. Idot ; *RTD civ.* 2000, p. 939, obs. J. Raynard ; *JCP G* 2001, II, 10513, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant ; *RTD com.* 2001, p. 291, obs. M. Luby ; *LPA* 24 juill. 2001, p. 25, note S. Hourdeaux. *Adde* L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *Rev. eur. dr. cons.* 2001, p. 261.

<sup>35</sup> CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; *Europe* 2009, comm. 334, obs. V. Michel et M. Meister ; *RTD civ.* 2009, p. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; *JCP G* 2009, 336, note G. Paisant ; *JCP E* 2009, 1970, note L. Raschel.

<sup>36</sup> Sur la troisième hypothèse prévue par l'article 19§3 du règlement Bruxelles I bis, v. *supra*, n° 4, note 7.

**13.** Lorsque les dispositions protectrices du règlement Bruxelles I bis ne sont pas applicables, la clause d'élection de for relèvera du régime prévu à l'article 25 du règlement si elle désigne le tribunal ou les tribunaux d'un État membre. À défaut, il conviendra d'appliquer le droit commun des conflits de juridictions. Dépourvu de protection, le consommateur pourrait alors être contraint d'agir dans un autre État, ce qui risquerait d'entraver l'exercice de l'action qu'il envisage d'intenter. On voit alors l'intérêt de mobiliser le droit de la consommation<sup>37</sup>.

Encore faut-il préciser à quel titre le droit français de la consommation – issu de la transposition de la directive « clause abusive » du 5 avril 1993 – pourrait s'appliquer pour déclarer abusive la clause d'élection de for. Pour ce faire, il convient de rappeler la distinction, classique en matière d'élection de for, entre la licéité de la clause et sa validité, laquelle entraîne une différence de traitement sur le terrain de la loi applicable. Cette distinction fait écho à la double nature, procédurale et contractuelle, de la clause d'élection de for. L'aspect procédural est apprécié à l'aune de la *lex fori* (qui fixe les conditions d'admissibilité de la clause ainsi que ses limites), tandis que l'aspect contractuel (validité, effets...) est régi par la loi applicable à la clause. En l'occurrence, il est possible de soutenir que le caractère abusif de la clause n'est pas une question procédurale mais substantielle<sup>38</sup>. Il convient, dès lors, d'appliquer la loi de la clause afin de savoir si elle comporte une législation sur les clauses abusives. Mais encore faut-il compter sur la théorie des lois de police dont l'importance est loin d'être négligeable en droit de la consommation.

**14.** En effet, afin de garantir d'application des dispositions prises par les États membres en application de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, l'article L. 232-1 du Code de la consommation<sup>39</sup> prévoit que le consommateur ne peut être privé de la protection de la directive « lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un État membre ». Autrement dit, si le contrat présente un lien étroit avec la France, le caractère abusif de la clause d'élection de for sera apprécié en application du dispositif français de lutte contre les clauses abusives<sup>40</sup>.

Si ces exigences ne sont pas satisfaites, il faudra alors espérer que la loi de la clause d'élection de for comporte des dispositions luttant contre les clauses abusives. Tel sera le cas lorsque la clause

---

<sup>37</sup> V. É. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807.

<sup>38</sup> En ce sens, v. É. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », spéc. pp. 814-815.

<sup>39</sup> Créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, ce texte remplace l'ancien article L. 135-1 du Code de la consommation qui transpose l'article 6§2 de la directive.

<sup>40</sup> Pour une illustration, v. CA Paris, 12 févr. 2016, n° 15/08624, *D. act.* 19 févr. 2016, obs. F. Mélin ; *D.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 214, obs. S. André et C. Lallemand ; *JCP E* 2016, 1309, L. Marion ; *Comm. com. électr.* 2016, comm. 33, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2016, p. 310, chron. L. Usunier ; *Comm. com. électr.* 2017, chron. 1, §8, obs. M.-É Ancel ; *RDC* 2017, p. 264, note J. Huet ; *RD aff. int.* 2017, p. 382, obs. M. Roccati, confirmant TGI Paris, ord., 5 mars 2015, n° 12/12401, *D.* 2015, p. 2214, obs. J. Larrieu ; *Comm. com. électr.* 2015, chron. 1, §7, obs. M.-É Ancel. *Adde* Fr. Mailhé, « Le juge français, juge de Facebook », *Comm. com. électr.* 2016, étude 12.

Au cas d'espèce, la cour d'appel a confirmé une ordonnance du juge de la mise en état ayant jugé abusive la clause attributive de juridiction désignant les tribunaux du comté californien de Santa Clara dans un litige opposant un internaute français à Facebook. La motivation de cette décision est toutefois imparfaite dans la mesure où la cour d'appel applique à tort le règlement Bruxelles I pour apprécier la compétence des juridictions françaises. En effet, l'application de ce règlement, en vigueur semble-t-il lorsque l'action a été engagée, était conditionnée à la domiciliation défendeur sur le territoire d'un État membre, ce qui n'était pas le cas. On sait que ce critère d'application a été abandonné lors de la refonte du Bruxelles I en ce qui concerne les règles de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs. C'est pourquoi, la portée de cet arrêt apparaît très limitée dès lors que le règlement Bruxelles I bis joue même à l'encontre d'un professionnel établi dans un États tiers qui n'aurait pas d'établissement en Europe, du moment qu'il dirige son activité vers l'État membre où le consommateur a son domicile (Fr. Mailhé, article préc., spéc. n° 19).

désigne le tribunal d'un État membre. En pareille hypothèse, l'article 25§1 du règlement Bruxelles I bis précise que les conditions de fond de la clause d'élection de for sont régies par le droit de l'État membre dont les juridictions sont désignées<sup>41</sup>. Or, ce droit est nécessairement celui d'un État qui a dû transposer dans sa législation la directive « clauses abusives » du 5 avril 1993. Aussi bien, quelle que soit la loi de l'État membre applicable, le caractère abusif de la clause devrait en principe être reconnu<sup>42</sup>. En revanche, la situation est beaucoup plus incertaine lorsque la clause désigne les juridictions d'un État tiers. Si la loi de la clause n'est pas celle d'un État membre, la reconnaissance de son caractère abusif peut sembler illusoire.

**15.** En droit de la concurrence, plus particulièrement en droit des pratiques restrictives de concurrence, la question peut se poser de savoir si la clause d'élection de for pourrait être paralysée au motif qu'elle soumettrait l'une des parties « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (article L 442-1, I, 2° du Code de commerce, anc. art. L. 442-6, I, 2°). Observons que si ce texte permet seulement d'engager la responsabilité de son auteur, l'article L-442-4, alinéa 2, du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019, permet à la victime de certaines pratiques prohibées (notamment celles prévues à l'article L. 442-1) de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites. Dès lors, si la clause d'élection de for est susceptible de caractériser un déséquilibre significatif au détriment d'un consommateur, ne pourrait-il pas en aller de même lorsqu'elle est stipulée au détriment d'une partie en position de

---

<sup>41</sup> Selon le considérant n° 20 du règlement Bruxelles I bis, le « droit » de l'État du juge élu inclut les « règles de conflit de lois de cet État membre ». Il faut entendre par là que la règle de conflit de l'article 25§1 n'écarte pas le renvoi. Il s'ensuivrait que pour se prononcer sur la validité au fond de l'accord d'élection de for, le juge saisi devrait appliquer deux règles de conflit, celle de l'article 25§1 (qui désigne le droit du juge élu) et celle du droit international privé du juge élu.

Cette solution s'inspire de celle qui est retenue par la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for (v. M. Dogauchi et T. C. Hartley, *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, Rapport explicatif, 20<sup>e</sup> session de la Conférence de La Haye de droit international privé* (www.hcch.net), n° 125, note 157. Cette conséquence est déduite du fait que la Convention vise le « droit de l'État » et non le « droit interne » de l'État du juge élu). Elle revient à laisser le dernier mot au système de conflit de lois du juge élu qui pourrait, le cas échéant, adopter une approche différente pour la détermination de la loi applicable aux clauses d'élection de for. Si, par exemple, la règle de conflit du juge élu considère que la validité de la clause d'élection de for est régie par le droit régissant le contrat dans son ensemble, la *lex contractus* devra être appliquée (M. Dogauchi et T. C. Hartley, *Rapport explicatif, préc.*, n° 125). On a pu déplorer, à propos de la convention de la Haye, la complexité de la mise en œuvre d'une telle règle lorsque le juge saisi du litige n'est pas le juge désigné par la clause (v. L. Usunier, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37, spéc. n° 22). Il n'est pas certain, du reste, qu'elle s'applique au règlement Bruxelles I bis.

Pour certains auteurs, en effet, le renvoi est exclu de l'article 25§1 du règlement Bruxelles I bis (v. not. J.-L. Beraudo, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2014, comm. 6, spéc. n° 22 et C. Nourissat, « L'avenir des clauses attributives de juridictions d'après le Règlement "Bruxelles I bis" », in *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 567, spéc. p. 574-575). Il est ainsi relevé que les autres versions linguistiques du règlement Bruxelles I bis font référence au droit matériel du juge élu et, surtout, que lorsque le règlement entend se référer aux règles de conflit de lois du for, il le précise en indiquant que « le juge applique les règles de son droit international privé » (v. art. 24§2 et 63§3).

Il faudra attendre que la Cour de justice se prononce pour savoir ce qu'il faut entendre par « droit » du juge élu. Ajoutons que le considérant n'a pas, en principe, de valeur contraignante. La Cour de justice pourrait parfaitement interpréter l'article 25§1 comme excluant les règles de conflit de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord d'élection de for. À cet égard, il est intéressant de relever que les premières décisions françaises ayant fait application de l'article 25§1, rendues par la Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris, ont toute appliquées les dispositions matérielles du droit de l'État du juge élu (CA Paris, 4 juillet 2019, RG n° 19/08038 ; CA Paris, 3 juin 2020, RG n° 19/20734, *JCP G* 2020, 1000, §8, obs. C. Nourissat).

<sup>42</sup> En ce sens, v. L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *préc.* et É. Pataut, *op. cit.*, spéc. p. 815.

faiblesse, et ce quand même elle n'est pas réputée faible<sup>43</sup> ? Quelques décisions rendues par la Cour d'appel de Paris y ont répondu négativement à propos d'une clause compromissaire<sup>44</sup>. On mentionnera un jugement du Tribunal de commerce de Paris rendu il y a un an qui a affirmé que « les dispositions de l'article L. 442-6-1-2 ne s'appliquent pas aux règles attributives de compétence dans un contexte international »<sup>45</sup>. Cette affirmation est pour le moins péremptoire. Certes, il n'existe pas, comme en droit de la consommation, de listes de clauses irréfragablement ou simplement présumées abusives. Mais rien ne s'oppose rationnellement à ce que l'article 442-1, I, 2° puisse concerner les clauses relatives aux litiges. Il reste que de nombreux obstacles doivent être surmontés.

**16.** En premier lieu, il convient de préciser à quel stade l'application de l'article 442-1, I, 2° pourrait être envisagé. À l'instar de qui a été précédemment indiqué à propos du caractère abusif de la clause dans les contrats conclus par les consommateurs, la nullité de la clause au motif qu'elle créerait un déséquilibre significatif concerne les conditions de validité au fond. Il suit de là que si le juge élu est le juge français, la loi française sera applicable par le jeu de l'article 25§1 du règlement Bruxelles I bis. Cette hypothèse ne sera pas la plus fréquente en pratique. Il est rare que le juge élu doive se prononcer sur sa compétence. Dans la plupart des cas, c'est le juge saisi au mépris de la clause qui sera conduit à se prononcer sur sa validité. Il devient alors nécessaire d'envisager la qualification de loi de police de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, ce qui permettrait au juge français d'appliquer ce texte quelle que soit la loi applicable à la clause<sup>46</sup>.

**17.** À cet égard, on sait que depuis l'arrêt *Expedia*<sup>47</sup>, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la qualification de loi de police à propos de l'ancien article L. 442-6, I, 2° visant le déséquilibre significatif. La portée de cette décision est cependant discutée en doctrine dans la mesure où dans cette affaire, l'action avait été engagée par le ministre en charge de l'économie. Faut-il en conclure que la solution serait écartée dans les litiges opposant des personnes privées ? Il nous semble que la qualification de loi de police devrait être retenue quelle que soit la qualité des parties en cause. En l'occurrence, il s'agirait « d'une loi de police parce que le ministre peut agir, et non pas – ou du moins pas seulement – lorsque le ministre agit »<sup>48</sup>.

Reste à caractériser le déséquilibre significatif. L'opération s'avère plus complexe entre parties qui ne sont pas réputées faibles<sup>49</sup>. Lorsqu'un contrat conclu par « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » (article L. 442-1 du Code de commerce) présente un caractère international, les parties, même en situation de faiblesse, devraient pouvoir s'attendre

---

<sup>43</sup> Sur l'ensemble de la question, v. C. Nourissat, « L'incidence du déséquilibre des forces entre parties non réputées faibles », in Laazouzi M. (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 107.

<sup>44</sup> CA Paris, Pôle 1 ch. 1, 11 septembre 2018, RG n° 16/19913 ; CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 5 décembre 2018, RG n° 18/10095, *Contrats, conc. cons.* 2019, comm. 47, obs. N. Mathey ; CA Paris, Pôle 1 ch. 1, 21 mai 2019, n° 17/07210, cité par C. Nourissat, article préc., spéc. n° 1.

<sup>45</sup> T. com. Paris, 29 juin 2022, *Comm. com. électr.* 2022, comm. 66, note G. Loiseau.

<sup>46</sup> C. Nourissat, « L'incidence du déséquilibre des forces entre parties non réputées faibles », préc. spéc. n° 13.

<sup>47</sup> Cass. com., 8 juillet 2020, n° 17-31536, préc.

<sup>48</sup> B. Bureau, note Cass. com., 8 juillet 2020, préc., spéc. n° 6, p. 847.

<sup>49</sup> C. Nourissat, « L'incidence du déséquilibre des forces entre parties non réputées faibles », préc. spéc. n° 19 et s.

à porter leur litige devant une juridictions étrangère. Cette seule circonstance ne saurait en elle-même caractériser un déséquilibre significatif, quand bien même il en résulterait un inconvénient pour le demandeur. Sans doute faudra-t-il établir concrètement que le coût de la procédure est tel qu'il rend pratiquement impossible l'exercice de l'action, et ce même pour un professionnel. La question peut également se poser de savoir si le déséquilibre significatif se trouverait caractérisé par la désignation d'un juge qui écarterait l'application d'une loi de police protectrice des intérêts d'une partie (par exemple, comme celle qui accorde une indemnité à l'agent commercial après cessation du contrat).

**Juin 2023**