



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit privé général**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR**  
**2022**

***Clauses d'élection de for et déséquilibre  
significatif***

**Pierre BARTHÉLEMY**

**Sous la direction de Madame la Professeure Marie-Élodie ANCEL**



## **AVERTISSEMENT**

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Paris-Panthéon-Assas.



## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier Madame la Professeure Marie-Élodie Ancel, pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire et pour ses précieux conseils.

Je souhaite également remercier ma famille, mes amis, et Adèle, pour leur aide et leur soutien.

# SOMMAIRE

<b>AVERTISSEMENT .....</b>	<b>2</b>
<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>5</b>
<b>ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>7</b>
<b>PARTIE 1 – LA POSSIBILITÉ POUR LE JUGE FRANÇAIS D’APPRÉCIER LE DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR UNE CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....</b>	<b>11</b>
Chapitre 1 – La possibilité pour le juge français d’avoir à connaître d’une clause d’élection de for : les conflits de juridictions .....	11
Chapitre 2 – La possibilité d’apprécier une clause d’élection de for en vertu du droit français : les conflits de lois .....	27
<b>PARTIE 2 – L’ANALYSE DU DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR LA CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNE.....</b>	<b>51</b>
Chapitre 1 – La cohérence des différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif.....	52
Chapitre 2 – L’analyse du déséquilibre significatif.....	70
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>88</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>102</b>

## ABRÉVIATIONS

AJ Contrat	Actualité Juridique Contrat
Art.	Article
BJS	Bulletin Joly Sociétés
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CCE	Communication Commerce Electronique
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. conso.	Code de la consommation
C. proc. civ.	Code de procédure civile
Comp.	Comparer
D.	Recueil Dalloz
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>infra</i>	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise et affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
JPIL	Journal of Private International Law
JDI	Journal de droit international (Clunet)
Not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Rappr.	Rapprocher
RDA	Revue de droit d'Assas
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDIA	Revue de droit international d'Assas
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Et suivants
S.	Recueil Sirey
Spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
V.	Voir

# INTRODUCTION

1. « [Q]ui dit contractuel dit juste »<sup>1</sup>. Tout juriste connaît cette fameuse formule d'Alfred Fouillée, largement détournée<sup>2</sup> pour justifier les effets saillants de la conception classique du contrat. L'autonomie de la volonté doit être reine puisque le contrat qui résultera de la libre-détermination des parties sera forcément juste. Plus encore, il doit lui être donné force obligatoire – il tient « lieu de loi »<sup>3</sup> aux parties – précisément car il est juste. Il n'est donc pas besoin de contrôler les prévisions des parties – le contenu du contrat – en dehors du contrôle minimal de l'ordre public<sup>4</sup>. Cette conception a longtemps prévalu en droit interne, et il lui a même été donné un relief tout particulier en droit international privé. En droit interne, le contrat reste nécessairement soumis à la loi française, c'est elle qui lui octroie sa force obligatoire. En droit international privé, la volonté des parties leur permet même de « choisir la loi qu'elles estiment la mieux adaptée à l'opération qu'elles concluent », afin de « faciliter les échanges »<sup>5</sup>. Une telle solution assure également la prévisibilité des solutions<sup>6</sup>, car elle évite toute discussion sur la question de la détermination de la loi applicable en cas de litige<sup>7</sup>. L'autonomie de la volonté en droit international privé se présente en réalité sous deux formes<sup>8</sup> : au niveau des conflits de lois, elle permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat<sup>9</sup> ; au niveau des conflits de juridictions, elle permet de désigner le juge compétent pour avoir à connaître du litige relatif à ce contrat<sup>10</sup>.

2. Toutefois, cette présentation doit être nuancée. Elle repose sur une philosophie du contrat imprégnée de certains présupposés qui méritent d'être explicités. Pour que ce qui est

---

<sup>1</sup> A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2<sup>ème</sup> édition, Hachette, 1885, p. 410.

<sup>2</sup> A ce sujet, v. not. J.-F. Spitz, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007. 281.

<sup>3</sup> C. civ., Art. 1103 (nouveau), Art. 1134 al. 1<sup>er</sup> (ancien).

<sup>4</sup> *Ibid.*, Art. 1162 (nouveau), Art. 1133 (ancien).

<sup>5</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2018, n°246.

<sup>6</sup> V. par exemple, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2020, n°221.

<sup>7</sup> La prévisibilité pourrait toutefois aussi bien, sinon mieux, être atteinte à l'aide de règles de conflits de juridictions uniformes et claires et en limitant les règles de compétence spéciales (on éviterait ainsi le contentieux relatif à l'efficacité des clauses d'élection de for). En ce sens, v. B. Rémy, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011/1, doctr. 2, n°14.

<sup>8</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, n°70-14.

<sup>9</sup> Civ. 5 décembre 1910, *JDI* 1912. 1156.

<sup>10</sup> Civ. 19 février 1930, *S.* 1931. 1. 1, note J.-P. Niboyet.

contractuel soit juste, il est nécessaire que les citoyens soient égaux et libres<sup>11</sup>. C'était d'ailleurs également la pensée de Fouillée, dont la célèbre citation a été sortie de son contexte<sup>12</sup>. En somme, « *les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires mais [...] elles sont volontaires [...] donc justes, parce qu'elles sont équitables* »<sup>13</sup>. Avant d'admettre les effets de l'autonomie de la volonté, notamment la force obligatoire du contrat, il faudrait donc s'assurer de l'équilibre de la relation contractuelle. Le postulat du Code civil de 1804 est justement celui du contractant qui « *est un sujet libre, capable et responsable* »<sup>14</sup>. A supposer même que tel ait véritablement été le cas un jour, il n'en est plus rien aujourd'hui. L'égalité des contractants est « *une chimère qui jette un voile sur une réalité bien plus délicate à appréhender* »<sup>15</sup>. Aujourd'hui, il existe bien souvent une inégalité entre les parties au contrat<sup>16</sup>. Il a parfois été avancé que cette inégalité se manifeste principalement en droit interne, bien plus rarement dans les relations privées internationales, « *celle[s]-ci mettant le plus souvent aux prises des acteurs pourvus d'une expérience et d'un poids suffisants* »<sup>17</sup>. Une telle affirmation n'est toutefois plus possible, en témoigne par exemple le développement des contrats de consommation internationaux.

**3.** Cette inégalité structurelle de la relation contractuelle doit être corrigée par un interventionnisme, à moins d'admettre qu'un contrat juste ayant force obligatoire puisse résulter de la volonté d'un seul, la partie forte. Quels mécanismes correctifs sont envisageables en droit international privé ? En matière de conflits de lois, on a vu le développement de règles de conflits spéciales à coloration matérielle : ces règles de conflits abandonnent le postulat de la neutralité pour se teinter de considérations substantielles, par exemple la protection d'une partie engagée dans une relation contractuelle déséquilibrée<sup>18</sup>. L'autre solution largement utilisée est la méthode des lois de police : une loi de droit interne porterait un objectif de protection d'une partie réputée faible tellement important pour le for qu'elle s'imposerait dans l'ordre international, quelle que soit la loi objectivement applicable au contrat<sup>19</sup>. En matière de

---

<sup>11</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2013, n°7-2.

<sup>12</sup> J.-F. Spitz, « "Qui dit contractuel dit juste"... », *op. cit.*, p. 282.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> T. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC hors-série* avril 2016. 5, n°5.

<sup>15</sup> L. Leveneur, M. Leveneur-Azémar, « L'article 1171 du Code civil : double regard sur son champ d'application en droit interne et en droit comparé », *RDA*, n°20, octobre 2020, p. 144, n°2.

<sup>16</sup> J. Rochfeld, *Les grandes...*, *op. cit.*, n°7-8 s. V. aussi, T. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015. 1217, spéc. n°9.

<sup>17</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-4.

<sup>18</sup> V. par exemple la règle de conflit permettant de déterminer la loi applicable aux contrats de consommation, à l'article 6 du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelle.

<sup>19</sup> V. par exemple, com. 8 juillet 2020, n°17-31.536.

conflits de juridictions, on a notamment vu le développement de règles de conflits spéciales, protectrices de certains intérêts catégoriels<sup>20</sup>. Mais il n'existe pas de méthode générale permettant au juge de rendre inefficace une clause d'élection de for car elle contreviendrait à un objectif de protection particulièrement important du for<sup>21</sup>.

4. En parallèle, il faut souligner le changement de philosophie du contrat en droit interne, changement qu'a consacré la réforme du droit des contrats<sup>22</sup>. A travers divers mécanismes ayant pour objet de rééquilibrer le contrat<sup>23</sup>, le législateur montre ainsi que le droit commun des contrats est guidé par un souci d'équilibre entre les droits et les obligations des parties, sans admettre pour autant le contrôle de la lésion<sup>24</sup>. Le droit interne influençant les solutions de droit international privé, il nous apparaît intéressant d'étudier dans quelle mesure cette conception renouvelée du contrat en droit interne se diffuse en droit international privé, et si elle pourrait rendre inefficace une clause d'élection de for stipulée dans un contrat international. Plusieurs voies sont envisageables : la théorie de l'abus de droit<sup>25</sup>, l'article 1170 du Code civil<sup>26</sup>, les droits fondamentaux<sup>27</sup>, ou les clauses abusives<sup>28</sup>. C'est cette dernière hypothèse qui retiendra notre attention.

---

<sup>20</sup> V. par exemple, la règle de conflit permettant toujours au consommateur de saisir le tribunal de l'Etat de son domicile et obligeant le professionnel à l'attirer devant celui-ci, à l'article 18 du Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>21</sup> Les règles de compétence exclusives d'un Etat ne peuvent pas être vues comme le pendant des lois de police sur le terrain des conflits de juridictions car elles ne sont pas fondées sur la volonté de protéger une partie dans une situation contractuelle déséquilibrée, mais sur la protection de la souveraineté du for. A ce sujet, v. not. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 1 – Partie générale*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021, n°70 s. Et la Cour de cassation a affirmé que l'existence d'une loi de police ne permet pas de fonder la compétence des juridictions françaises, civ. 1<sup>ère</sup> 22 octobre 2008, n°07-15.823.

<sup>22</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>23</sup> A ce sujet, v. *infra*, n°61, spéc. note 253.

<sup>24</sup> C. civ., Art. 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

<sup>25</sup> A ce sujet, v. not. L. Usunier, « Le Règlement Bruxelles I bis et la théorie de l'abus de droit », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 449.

<sup>26</sup> En ce sens, v. A.-S. Choné-Grimaldi, « Sous-section 3 : Le contenu du contrat », in T. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Gualino, 2<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 132 spéc. p. 143. V. aussi, N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 69-70 (qui raisonnent à partir d'une clause compromissaire, mais le raisonnement est transposable à la clause d'élection de for).

<sup>27</sup> A ce sujet, v. not. L. Pailler, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 33.

<sup>28</sup> En ce sens, v. par exemple, D. Mainguy, « Clauses abusives », in D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Etudes Teutates, 2016, n°148.

5. Il s'agira donc de déterminer dans quelle mesure une clause d'élection de for peut créer un « déséquilibre significatif »<sup>29</sup> entre les droits et les obligations des parties, justifiant ainsi de la rendre inefficace. L'idée n'est pas nouvelle : la Cour de Justice<sup>30</sup> s'est déjà prononcée à ce sujet, comme la Commission des clauses abusives<sup>31</sup>. Le Code de la consommation présume même abusives les clauses ayant pour objet ou effet de « [s]upprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur »<sup>32</sup>. En effet, le déséquilibre significatif ne s'intéresse pas qu'à la substance des droits, mais également à ses modalités d'exercice<sup>33</sup>. Une clause d'élection de for pouvant « créer une grande perturbation dans l'accès à la justice »<sup>34</sup>, il est logique qu'elle puisse être passée au crible du déséquilibre significatif. La question a parfois été étudiée<sup>35</sup>, mais il nous semble qu'une étude d'ensemble permettrait de préciser la possibilité et les clés de cette analyse.

6. Nous déterminerons donc si le droit international privé permet l'analyse du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for (Partie 1), avant de se concentrer sur l'appréciation de celui-ci (Partie 2).

---

<sup>29</sup> C. civ., Art. 1171 ; C. conso., Art. L. 212-1, al. 1<sup>er</sup> ; C. com., Art. L. 442-1, I, 2<sup>o</sup>.

<sup>30</sup> V. par exemple, CJCE 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial c/ Rocio Murciano Quintero* et al., C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98.

<sup>31</sup> V. par exemple, Recommandation n°07-02 sur les contrats de vente mobilière conclue par internet, 14<sup>o</sup>.

<sup>32</sup> C. conso., Art. R. 212-2, 10<sup>o</sup>.

<sup>33</sup> CJUE 16 janvier 2014, *Constructora Principado c/ José Ignacio Menéndez Álvarez*, C-226/12, §23.

<sup>34</sup> M. de Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G* 2019. 581, n°14.

<sup>35</sup> V. not. E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807 ; 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*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 107.

# **PARTIE 1 – LA POSSIBILITÉ POUR LE JUGE FRANÇAIS D’APPRÉCIER LE DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR UNE CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

7. Ce sont les outils de droit international privé qui détermineront s’il sera possible pour le juge français d’apprécier le déséquilibre créé par une clause d’élection de for. En effet, dans le cadre d’un litige international, avant d’appliquer une loi nationale au fond du litige, il est d’abord nécessaire de déterminer quel juge sera compétent pour avoir à connaître du litige, ensuite de déterminer quelle sera la loi nationale applicable. Ce sont les mécanismes de conflits de juridictions (Chapitre 1) et de conflits de lois (Chapitre 2), que l’on étudiera successivement.

## **Chapitre 1 – La possibilité pour le juge français d’avoir à connaître d’une clause d’élection de for : les conflits de juridictions**

8. Les conflits de juridiction sont un mécanisme de droit international privé permettant de déterminer le juge compétent pour avoir à connaître d’un litige. En cette matière, contrairement aux conflits de lois, les règles de compétence traditionnellement établies par les Etats étaient unilatérales. En effet, il serait contraire au droit international public qu’un Etat « *prétende régler la compétence des organes d’un autre Etat* »<sup>36</sup>. La seule loi pouvant fixer la compétence internationale des tribunaux d’un Etat est donc la loi de cet Etat<sup>37</sup>. Dès lors, il existe un risque que les tribunaux de deux Etats (ou plus) se reconnaissent indépendamment compétents pour avoir à connaître d’un même litige en vertu de leurs lois respectives : c’est le problème du conflit positif de compétence<sup>38</sup>. En sens inverse, il est également possible qu’aucun des tribunaux des deux Etats ne se reconnaisse compétent pour avoir à connaître du litige : c’est le problème du conflit négatif de compétence. Un des moyens de régler ces deux problèmes, et l’imprévisibilité qu’ils entraînent, est le recours à l’autonomie de la volonté. En laissant les parties choisir le juge compétent pour avoir à connaître de leur litige, le souci de prévisibilité

---

<sup>36</sup> P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit international privé*, 12<sup>me</sup> édition, LGDJ, 2019, n°312.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-2.

est résolu, et on évite l'instrumentalisation de cette incertitude par les parties lors de la survenance du litige<sup>39</sup>.

**9.** De telles clauses ne produisent toutefois par leurs effets sans limite ou contrôle. Un juge peut par exemple affirmer qu'une telle clause est illicite si elle permet à l'une des parties de choisir n'importe quel tribunal de son souhait<sup>40</sup> (on voit ici que la clause rend la détermination du juge compétent imprévisible, ce qui est contraire à l'intérêt même des clauses d'élection de for). Ces limites à l'efficacité de la clause d'élection de for soulèvent toutefois une question préalable : quel est le juge compétent pour avoir à connaître de l'efficacité à donner à une clause d'élection de for ? Nous étudierons donc d'abord si le juge français pourrait *a priori* être compétent pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for (Section 1), avant d'analyser les facteurs de complexité pouvant remettre en question cette possibilité (Section 2).

### Section 1 – La connaissance *a priori* de la clause d'élection de for par le juge français

**10.** Afin de déterminer si le juge français pourrait *a priori* être compétent pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for, il convient de s'intéresser aux règles de conflits de juridictions. Celles-ci étant multiples, il faudra les articuler (§1), avant de déterminer quand l'appréciation des clauses d'élection de for entre dans le champ de la compétence directe du juge français (§2).

#### *§1. L'articulation des droits communautaire, conventionnel, et commun*

**11.** Initialement, la compétence internationale des tribunaux français était fixée par le droit interne, par l'extension des règles de compétence territoriale interne<sup>41</sup>. Toutefois, une coopération internationale a été mise en place en ce domaine, de sorte que le droit international privé commun des conflits de juridictions coexiste aujourd'hui avec des instruments conventionnel<sup>42</sup> et communautaire<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> CA Paris, 5 juill. 1989, *JDI* 1990. 151, obs. A. Huet

<sup>41</sup> Civ. 1ère 30 octobre 1962, n°61-11.306. A ce sujet, voir not. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°37.

<sup>42</sup> Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for (ci-après « Convention de La Haye »).

<sup>43</sup> Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « Bruxelles I bis »).

12. Il s'agira donc d'abord de déterminer les conditions d'application<sup>44</sup> du Règlement Bruxelles 1 bis<sup>45</sup>. La première condition est celle de l'internationalité du litige. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une condition expressément posée par le Règlement, deux Considérants font référence aux problématiques inhérentes aux litiges transfrontières ayant conduit à son adoption<sup>46</sup> et la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens<sup>47</sup>. Ensuite, le Règlement s'applique à la matière civile et commerciale, tout en excluant expressément de son champ d'application certains domaines, par exemple l'arbitrage ou les régimes matrimoniaux<sup>48</sup>. Il s'applique toutefois à la matière qui nous intéresse, à savoir les contrats civils et commerciaux internationaux. En s'intéressant plus spécifiquement aux clauses d'élection de for, le Règlement est applicable dès lors que les juridictions élues sont les juridictions d'un Etat membre, sans considération de leur domicile<sup>49</sup>, dès lors que la clause est adossée à un « *rapport de droit déterminé* »<sup>50</sup>. Ainsi, par exemple, dans un contrat international conclu entre une partie domiciliée au Pérou et une partie domiciliée en Egypte pour la livraison de marchandises en Nouvelle-Zélande, le Règlement Bruxelles 1 bis sera applicable devant le juge d'un Etat membre de l'Union européenne si le contrat contient une clause d'élection de for en faveur des juridictions d'un Etat membre. Dans quelle mesure s'applique-t-il lorsque le tribunal élu est le tribunal d'un Etat tiers à l'Union européenne ? La question est très délicate et n'est à ce jour pas explicitement résolue<sup>51</sup>. Puisque tel n'est pas le sujet de cette étude, nous partirons du principe que, sous réserve de l'exception explicitée ci-dessous, le Règlement ne s'applique pas si le juge désigné est celui d'un Etat tiers<sup>52</sup>.

---

<sup>44</sup> Sur les conditions d'application de chacune des réglementations, v. not. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit...*, *op. cit.*, n°158 s. Leur articulation n'étant pas le cœur de notre étude, nous nous limiterons ici aux grandes lignes de la question.

<sup>45</sup> Comme l'a justement souligné une autrice dans sa thèse, la question est à distinguer de celle des conditions d'efficacité de la clause d'élection de for. V. N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999, n°116.

<sup>46</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Considérants 3 et 26.

<sup>47</sup> civ. 1ère 4 octobre 2005, n° 02-12.959.

<sup>48</sup> *Ibid.*, Art. 1<sup>er</sup>.

<sup>49</sup> *Ibid.*, Art. 25§1. Ce n'était pas le cas sous l'empire du Règlement Bruxelles 1, qui ne s'appliquait qu'en cas de l'élection du tribunal d'un Etat membre, si l'une des deux parties au moins avait son domicile sur le territoire d'un Etat membre. V. Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « Règlement Bruxelles 1 »), Art. 23§1.

<sup>50</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1.

<sup>51</sup> A ce sujet, v. not. H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2018, n°139 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 2 – Partie spéciale*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021, n°858-2 s.

<sup>52</sup> Dans le même sens, v. not. H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence...*, *op. cit.*, n°139.

13. Toutefois, le Règlement Bruxelles 1 bis possède certaines dispositions spécifiques protectrices de parties réputées faibles<sup>53</sup>. Il semble qu'une clause d'élection de for attribuant compétence au juge d'un Etat tiers ne pourrait pas porter atteinte à une compétence protectrice d'une partie faible<sup>54</sup>. En effet, il serait sinon bien facile d'échapper à ces dispositions protectrices : il suffirait de désigner un Etat tiers<sup>55</sup>. En matière de contrats de consommation, le Règlement Bruxelles 1 bis prévoit en effet un mécanisme protecteur spécial, soumis à un champ d'application distinct. *Rationae personae*, ce régime s'applique aux personnes contractant pour des usages étrangers à leur activité professionnelle<sup>56</sup>. Bien que limitée aux personnes physiques, la notion de consommateur est entendue largement par le Règlement. Ainsi, Maximilian Schrems, célèbre activiste luttant pour la protection des données personnelles, a pu être considéré comme un consommateur du réseau social Facebook, alors même qu'il « *publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs* » afin d'agir en justice, notamment contre Facebook<sup>57</sup>. La qualification de consommateur est complètement indépendante de l'expertise d'une personne physique dans le domaine objet du litige<sup>58</sup>. Pareillement, une personne physique partie à des contrats financiers peut être qualifiée de consommateur, peu important la complexité des contrats en cause, la valeur des opérations effectuées ou l'importance des risques de pertes financières, dès lors que ce contrat ne relève pas de son activité professionnelle<sup>59</sup>. *Rationae materiae*, ce mécanisme protecteur s'applique notamment lorsque le professionnel exerce son activité<sup>60</sup> sur le territoire de l'Etat membre du domicile du consommateur ou dirige son activité vers celui-ci<sup>61</sup>. En somme, dès lors que le consommateur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre et que le professionnel exerce son activité sur ou la dirige vers le territoire de cet Etat

---

<sup>53</sup> Il en est ainsi des contrats d'assurance, des contrats individuels de travail et des contrats de consommation. Nous nous concentrerons dans cette étude sur ces derniers, mais le raisonnement est généralisable à ces deux autres types de contrat.

<sup>54</sup> H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence...*, *op. cit.*, n°139. Les autrices indiquent qu'il ne serait pas possible non plus d'échapper ainsi à une compétence exclusive prévue par le Règlement.

<sup>55</sup> U. Magnus, « Article 25 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *European Commentaries on Private International Law: Commentary, Brussels Ibis Regulation*, Ottoschmidt, 2016, p. 583, §36. L'auteur semble, lui, toutefois militer pour une application du Règlement dès lors que le juge d'un Etat membre serait objectivement compétent selon celui-ci, pas uniquement à des fins de protection d'une partie faible ou d'une compétence exclusive.

<sup>56</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Article 17.

<sup>57</sup> CJUE 25 janvier 2018, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited*, C-498/16, §41.

<sup>58</sup> *Ibid.*, §39.

<sup>59</sup> CJUE 3 octobre 2019, *Jana Petruchová c/ FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18, §77.

<sup>60</sup> S'il l'exerce via une « *succursale, une agence ou tout autre établissement* », il est également considéré comme ayant son domicile (et donc exerçant ses activités) sur le territoire de cet Etat membre (Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 17§2).

<sup>61</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 17§1, c). Nous ne nous étendrons pas ici sur la notion d'activité dirigée, mais elle a notamment été mise en place pour saisir les hypothèses où le contrat a été conclu par voie électronique. A ce sujet, v. H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence...*, *op. cit.*, n°309.

membre, il bénéficie de la protection accordée par l'article 17 du Règlement Bruxelles 1 bis, quand bien même le contrat contiendrait une clause d'élection de for élisant un juge étranger<sup>62</sup>.

14. La Convention de La Haye possède, elle, un champ d'application plus réduit. Comme le Règlement Bruxelles 1 bis, elle ne s'applique qu'aux situations internationales<sup>63</sup>. Elle ne s'applique qu'aux accords exclusifs<sup>64</sup> d'élection de for, en matière civile et commerciale<sup>65</sup> et si elle est adossée à un « *rapport de droit déterminé* »<sup>66</sup>. Elle ne s'applique pas aux contrats de consommation et aux contrats de travail<sup>67</sup>, et de nombreuses matières sont expressément exclues de son champ d'application, par exemple les entraves à la concurrence, les obligations alimentaires et les actions en contrefaçon de droits de propriété intellectuelle<sup>68</sup>. Enfin, elle ne s'applique que lorsque l'accord désigne exclusivement les tribunaux d'un Etat contractant à la Convention<sup>69</sup>. Les parties à la Convention sont les suivantes : le Mexique, le Monténégro, Singapour, le Royaume-Uni, et l'Union européenne. Puisque l'Union européenne est également partie à la Convention, des soucis d'articulation entre les deux textes internationaux sont à résoudre.

15. L'articulation est résolue par la clause de déconnexion contenue à l'article 26§6 de la Convention de La Haye : « *La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention : a) lorsque aucune des parties ne réside dans un Etat contractant qui n'est pas un Etat membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ; b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements*

---

<sup>62</sup> V. par exemple, CA Paris, 12 février 2016, n°15/08624. La Cour d'appel ne pousse toutefois pas le raisonnement jusqu'à son terme : elle déclare le Règlement Bruxelles 1 applicable et déclare donc le TGI de Paris compétent pour statuer sur la licéité (sur ce terme, v. *infra*, n°38 s.) de la clause d'élection de for en application de son article 16§1, clause qu'elle écarte ensuite via la législation consumériste relative aux clauses abusives, ce qui lui permet de déclarer la compétence du TGI de Paris pour le litige au principal. Après avoir conclu en faveur de l'applicabilité du Règlement, le TGI de Paris était pourtant immédiatement compétent en vertu de l'article 16§1, la clause d'élection de for étant rendue sans effet par l'article 17. A ce sujet, v. not. L. Usunier, « La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres » note sous CA Paris 12 février 2016, n° 15/08624, *RTD civ.* 2016. 310 ; M.-É. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2017/1, chron. 1, n°8.

<sup>63</sup> Convention de La Haye, Art. 1§1.

<sup>64</sup> Sont donc exclues de son champ d'application les conventions d'élection de for asymétriques, puisqu'elles ne réservent pas la compétence exclusive d'un seul tribunal. V. en ce sens, T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport explicatif sur la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, 2013, §106. Comp. L. Merrett, « Interpreting non-exclusive jurisdiction agreements », *JPIL* 2018, vol. 14, p. 38, qui indique que de telles clauses sont en partie exclusives, et en partie non-exclusives.

<sup>65</sup> Convention de La Haye, Art. 1§1.

<sup>66</sup> *Ibid.*, Art. 3a).

<sup>67</sup> *Ibid.*, Art. 2§1.

<sup>68</sup> *Ibid.*, Art. 2§2.

<sup>69</sup> *Ibid.*, Art. 3a).

*entre les Etats membres de l'Organisation régionale d'intégration économique* ». La Convention de La Haye s'appliquera donc dès lors que la clause élit le tribunal d'un Etat contractant (peu important qu'il soit aussi membre de l'Union européenne), dès lors que l'une des parties au contrat réside sur le territoire d'un Etat contractant non membre de l'Union européenne. En revanche, le Règlement Bruxelles 1 bis s'appliquera 1) dès lors que toutes les parties au contrat résident sur le territoire d'un Etat membre et que la clause d'élection de for désigne les tribunaux d'un Etat membre, 2) que l'une des parties est domiciliée sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, l'autre étant domiciliée dans un Etat tiers non contractant à la Convention, et que la clause d'élection de for désigne les tribunaux d'un Etat membre, ou 3) dès lors que les parties sont domiciliées sur le territoire d'un Etat tiers non contractant et que la clause d'élection de for désigne les tribunaux d'un Etat membre<sup>70</sup>.

**16.** Que reste-t-il alors au droit commun des conflits de juridiction ? Pas grand-chose, ce qui amène même un auteur à augurer « *à court ou moyen terme la mort des règles jurisprudentielles de droit commun fixant, en France, le régime d'efficacité de ces clauses [d'élection de for]* »<sup>71</sup>. Restent donc probablement soumis au droit commun les cas où toutes les parties seraient domiciliées sur le territoire d'un Etat tiers non contractant et que le juge élu serait celui d'un Etat tiers<sup>72</sup> et les cas où l'une ou les parties seraient domiciliées sur le territoire d'un Etat membre tandis que la clause désignerait le juge d'un Etat tiers non contractant<sup>73</sup>. Et c'est notamment la dernière de ces deux hypothèses qui nous intéressera, par exemple lorsqu'un contrat entre une partie domiciliée en France et l'une domiciliée au Japon élit les tribunaux californiens.

**17.** Puisque semblent désormais cernés les champs d'applications respectifs du Règlement Bruxelles 1 bis, de la Convention de La Haye, et du droit commun, il faut ensuite déterminer dans quelles hypothèses le juge français pourra être amené à connaître d'une clause d'élection de for.

## §2. *La compétence directe du juge français*

---

<sup>70</sup> V. en ce sens, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°858-4 ; U. Magnus, « Article 25 »..., *op. cit.*, §10.

<sup>71</sup> L. d'Avout, « La refonte du règlement Bruxelles 1 », *D.* 2013. 1014, n°17.

<sup>72</sup> Hypothèse qui risque probablement d'être assez rare en pratique, tant on voit mal pourquoi le juge français serait saisi ici.

<sup>73</sup> Sous réserve, que l'on admette l'hypothèse que le Règlement n'est pas applicable dans ces cas. V. *supra*, n°12-13.

**18.** D'office, il est possible de reconnaître la compétence du juge français pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for désignant uniquement les juridictions françaises. L'effet même d'une telle clause est d'attribuer compétence au juge désigné, il est donc compétent pour avoir à connaître du litige, et par là même, de la clause. C'est la solution du Règlement Bruxelles 1 bis<sup>74</sup>, de la Convention de La Haye<sup>75</sup> et du droit commun<sup>76</sup>. Il en ira de même si la clause désignant le juge français est non-exclusive, il faudra alors simplement admettre qu'un autre juge objectivement compétent puisse avoir à connaître de la clause, sans qu'il ne s'agisse là d'un motif de refus de reconnaissance de la décision pour défaut de compétence indirecte<sup>77</sup>.

**19.** Qu'en est-il lorsque le juge élu n'est pas le juge français ? Dans l'hypothèse d'une clause d'élection de for non-exclusive, la réponse est évidente, le juge français pourra avoir à connaître d'une telle clause dès lors qu'il serait objectivement compétent pour avoir à connaître du contrat dans lequel celle-ci est insérée. La question est plus délicate lorsque la clause désigne exclusivement les tribunaux d'un Etat étranger. Nous étudierons successivement le Règlement Bruxelles 1 bis, la Convention de La Haye et le droit commun.

**20.** Sous l'empire du Règlement Bruxelles 1 bis, la désignation exclusive des tribunaux d'un autre Etat membre n'empêche pas *per se* le juge français d'avoir à connaître d'une telle clause. Il faut différencier les compétences exclusives de l'article 24 de la compétence exclusive de la juridiction élue d'un Etat membre, comme s'il existait un degré dans l'exclusivité<sup>78</sup>. L'article 24 prévoit une série de compétences exclusives, par exemple en matière de droit réels immobiliers ou en matière de validité, nullité ou dissolution de sociétés ou personnes morales.

---

<sup>74</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1. Même si la clause est sans effet car elle déroge aux dispositions protectrices d'une partie faible (Art. 15, 19 ou 23) ou si elle fait échec à l'une des compétences exclusives (Art. 24) d'un Etat membre, il nous semble que le juge élu pourra dans ce cas être saisi pour déterminer s'il faut donner effet ou non à la clause d'élection de for.

<sup>75</sup> Convention de La Haye, Art. 5§1.

<sup>76</sup> Si aucune décision de la Cour de cassation ne mentionne explicitement que le juge français est compétent pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for attribuant compétence aux juridictions françaises, la solution est évidente. Le tout récent Projet de Code de droit international privé (ci-après « PCDIP ») l'explique toutefois, affirmant dans son Art. 33, al. 1<sup>er</sup> que « [l]orsque les parties ont valablement désigné les juridictions françaises, la compétence de ces juridictions est exclusive sauf convention contraire des parties » (comprendre, lorsque le juge français est élu, il est compétent, notamment pour avoir à connaître de la clause).

<sup>77</sup> Au contraire, la violation d'une clause d'élection de for attribuant exclusivement compétence aux tribunaux français est une cause de refus de reconnaissance de la décision étrangère pour défaut de compétence indirecte en droit commun, civ. 1<sup>ère</sup> 15 mai 2018, n°17-17.546 et PCDIP, Art. 33, al. 1<sup>er</sup>. Ce n'est toutefois pas un motif de refus de reconnaissance en droit communautaire, le Règlement faisant la différence entre les compétences exclusives de l'Art. 24 et celle résultant de l'élection exclusive des tribunaux d'un Etat membre (Art. 45§1).

<sup>78</sup> Une autre dénomination aurait peut-être ici été envisageable, afin d'éviter toute confusion. Par exemple, on aurait pu dénommer les compétences de l'Art. 24 comme impératives, laissant alors le terme exclusif à la clause d'élection de for où un seul juge est désigné.

Ces compétences ont un degré d'exclusivité supérieure, puisqu'un juge saisi en violation de l'une de ces compétences doit d'office se déclarer incompétent, peu important l'existence ou non d'une clause d'élection de for<sup>79</sup>. Mais cette disposition ne s'applique qu'aux compétences de l'article 24 du Règlement, et donc pas à l'élection de for, même exclusive, de l'article 25. La conséquence est qu'*a contrario*, le juge saisi en violation de la clause n'a pas à se déclarer immédiatement incompétent et à se dessaisir du litige porté devant lui. Cela signifie-t-il pour autant que le juge français pourrait avoir à connaître de n'importe quelle clause d'élection de for désignant les tribunaux d'un Etat membre ? Il faut évidemment répondre ici par la négative, la France ne pouvant être le refuge européen (ou international) de contestation des clauses d'élection de for, alors même que le litige n'entretiendrait aucun lien avec la France<sup>80</sup>. Dès lors, lorsque le juge français est saisi en violation d'une clause d'élection de for, il nous semble indispensable qu'il vérifie qu'il serait objectivement compétent en l'absence de celle-ci. Bien que les décisions ne l'explicitent pas toujours clairement, ou ne le fassent pas toujours avant d'analyser la clause d'élection de for<sup>81</sup>, telle semble bien être la solution retenue sous l'empire du Règlement Bruxelles 1 bis<sup>82</sup>.

**21.** Qu'en est-il sous l'empire de la Convention de La Haye ? Elle prévoit en principe que le juge saisi sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il n'est pas le juge élu<sup>83</sup>. Toutefois, cinq exceptions sont reconnues à ce principe<sup>84</sup>. Dès lors, le juge saisi non élu peut être amené à examiner la clause d'élection de for, et notamment sa validité. Une nouvelle fois, il faut déterminer quel juge non-élu peut avoir à connaître de la clause. La Convention ne régissant que les accords d'élection de for, la question de la compétence objective n'est pas du tout évoquée. La généralité de l'article 6, sobrement intitulé « *Obligations du tribunal non élu* », pourrait laisser penser qu'en principe tout juge non élu pourrait être amené à connaître de la clause. Toutefois, pour les mêmes raisons qu'évoquées ci-dessus, il nous semble qu'une telle interprétation soit à bannir. C'est également en ce sens que semble aller le Rapport explicatif, puisqu'il indique que l'article 6 ne crée pas de compétence et n'impose pas au tribunal saisi non

---

<sup>79</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 27.

<sup>80</sup> Au-delà de la légalité et de la légitimité d'un tel contrôle, ces décisions se heurteraient à des problèmes de reconnaissance évidents (sauf peut-être au sein de l'Union européenne, la violation d'une clause d'élection de for n'étant pas un motif de refus de reconnaissance au sein de l'espace judiciaire européen).

<sup>81</sup> Dans l'arrêt *Banque Rothschild* (civ. 1ère 26 septembre 2012, n°11-26.022) la Cour de cassation examine la question de la compétence objective des tribunaux français après avoir déterminé que la clause d'élection de for était sans effet, alors qu'il nous semble que l'inverse aurait été plus rigoureux.

<sup>82</sup> V. Par exemple CA Paris, 12 février 2016, *op. cit.*

<sup>83</sup> Convention de La Haye, Art. 6, première phrase.

<sup>84</sup> *Ibid.*, Art. 6a) à 6e).

élu d'exercer une compétence résultant de son propre droit<sup>85</sup>. Et surtout, la formule d'une note de bas de page semble ne laisser aucun doute, seul un tribunal objectivement compétent non élu peut avoir à connaître de la clause d'élection de for : « *Lorsque le tribunal serait de toute manière incompétent en vertu de son propre droit, il n'est pas tenu d'examiner si l'une des exceptions résultant de l'article 6 est applicable* »<sup>86</sup>. Le juge français sera donc compétent pour avoir à connaître de la clause élisant un juge étranger dans le cadre de la Convention de La Haye, s'il était objectivement compétent en vertu des règles de droit international privé commun.

**22.** Qu'en est-il du droit commun ? Le juge français ne se dessaisit pas d'office, il accepte d'avoir à connaître d'une clause d'élection de for, même désignant un juge étranger<sup>87</sup>. A notre connaissance, il n'existe pas de décision affirmant clairement que le juge français pourrait avoir à connaître d'une clause d'élection de for désignant un juge étranger seulement dans l'hypothèse où il serait objectivement compétent pour avoir à connaître du litige en l'absence de la clause. Toutefois, comme évoqué plus haut, il nous semble que tel soit l'état du droit français, et qu'une telle solution est indispensable, les juridictions françaises n'ayant pas à être le lieu de contestation des clauses d'élection de for lorsque le litige n'intéresse absolument pas la France.

**23.** Etant ainsi présentée la compétence directe du juge français lui permettant d'avoir à connaître des clauses d'élection de for, il nous faudra maintenant examiner les facteurs de complexité pouvant la remettre en question.

## Section 2 – Les facteurs de complexité

**24.** Si le juge français semble pouvoir être compétent pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for lorsqu'il serait objectivement compétent en l'absence de celle-ci, le mécanisme de la litispendance pourrait ici limiter l'office du juge français (§1), office qu'il pourrait peut-être récupérer au stade de la reconnaissance en France du jugement (§2).

### *§1. Le mécanisme de la litispendance*

---

<sup>85</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §146.

<sup>86</sup> *Ibid.*, §146, note 182.

<sup>87</sup> V. par exemple, civ. 1ère 17 décembre 1985, n°84-16.338.

25. La litispendance est un mécanisme permettant d'éviter la contrariété pouvant résulter lorsque deux juridictions statuent indépendamment sur un même litige<sup>88</sup>. Son effet perturbateur sera successivement étudié en droit communautaire, en droit conventionnel, et en droit commun.

26. Sous l'empire du Règlement Bruxelles 1 bis, il est peu probable, en pratique, qu'un juge français puisse être amené à connaître d'une clause d'élection de for désignant un tribunal étranger. En effet, il introduit un mécanisme de faveur pour le juge élu, que certains présentent comme une sorte de pendant du principe de compétence-compétence en matière de clause d'élection de for<sup>89</sup>. En effet, lorsqu'une juridiction non élue a été première saisie, elle sursoit à statuer dès lors que la juridiction élue est saisie, jusqu'à ce que celle-ci se déclare incompétente<sup>90</sup>. Si la juridiction désignée se déclare compétente, le juge premier saisi doit alors se dessaisir<sup>91</sup>. Tant que le juge élu n'est pas saisi, le juge non élu peut se prononcer sur l'effectivité d'une clause d'élection de for désignant un tribunal étranger. En pratique toutefois, il est fort probable que la partie souhaitant bénéficier de la clause aille immédiatement saisir le juge élu pour éviter sa contestation devant le juge français<sup>92</sup>. Ce dernier sera alors obligé de sursoir à statuer. Cette règle est une innovation du Règlement Bruxelles 1 bis, spécialement créée pour revenir sur la très critiquée<sup>93</sup> jurisprudence Gasser, rendue en application de la Convention de Bruxelles (la solution est la même sous l'empire du Règlement Bruxelles 1, la règle de litispendance étant identique dans ces deux instruments). Selon cette dernière, le juge élu, lorsqu'il était second saisi, devait surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge non élu mais premier saisi se déclare incompétent, en application de la règle générale de litispendance (Art. 21 de la Convention de Bruxelles, Art. 27 du Règlement Bruxelles 1)<sup>94</sup>. Cette solution favorisait la pratique des « actions torpilles », consistant pour une partie de se dépêcher de saisir les juridictions d'un Etat non élu (de préférence connu pour sa lenteur procédurale), afin de paralyser temporairement les juridictions élues. En consacrant la priorité du juge élu pour

---

<sup>88</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°472.

<sup>89</sup> V. en ce sens, Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013, n°767. Le Considérant 22 du Règlement Bruxelles 1 bis indique que le mécanisme a pour but que « la juridiction désignée ait priorité pour décider de la validité de l'accord et la mesure dans laquelle celui-ci s'applique au litige devant elle ».

<sup>90</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 31§2.

<sup>91</sup> *Ibid.*, Art. 31§3.

<sup>92</sup> V. dans le même sens, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°871 ; L. d'Avout, « La refonte... », *op. cit.*, n°18.

<sup>93</sup> A ce sujet, v. not., T. Hartley, « Choice-of-Court Agreements, Lis Pendens, Human Rights and the Realities of International Business: Reflections on the Gasser Case », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 383.

<sup>94</sup> CJCE 9 décembre 2003, *Erich Gasser c/ MISAT*, C-116/02, §54.

déterminer la validité de la clause d'élection de for, le Règlement Bruxelles 1 bis désactive complètement cette pratique. Mais certains auteurs ont justement fait remarquer que le risque est désormais inverse : qu'une partie invoque une clause d'élection de for manifestement nulle ou abusive, précisément pour paralyser la compétence du juge objectivement compétent<sup>95</sup>. S'appuyant sur le fait que la Convention de La Haye ait inspiré la refonte du Règlement Bruxelles 1, notamment en vue d'une bonne coordination entre les textes, Arnaud Nuyts a ainsi plaidé en faveur d'un contrôle minimal du juge non élu premier saisi, même une fois le juge élu ensuite saisi, précisément pour éviter de telles actions dilatoires<sup>96</sup>. Il convient toutefois de noter que le mécanisme introduit par le Règlement Bruxelles 1 bis ne joue qu'en présence de clauses exclusives : en présence d'une clause d'élection de for non-exclusive, par exemple une clause asymétrique, l'article 29 s'appliquera (et donc la solution de l'arrêt Gasser).

**27.** La Convention de La Haye prévoit elle aussi en principe que le juge non-élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir<sup>97</sup>. Toutefois, contrairement au texte du Règlement Bruxelles 1 bis, elle ménage des exceptions dans lesquelles il peut ne pas se dessaisir. Le juge non élu peut notamment examiner la validité de la clause d'élection de for en vertu du droit de l'Etat du juge élu ou refuser de lui faire produire ses effets si cela aboutissait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à son ordre public<sup>98</sup>. Le juge non élu n'a donc pas à se dessaisir et peut examiner si l'une des exceptions de l'article 6 trouve à s'appliquer ; il n'aura à se dessaisir qu'une fois établie qu'aucune de ces exceptions n'est applicable en l'espèce<sup>99</sup>. Le juge français non élu pourra ainsi examiner la validité de la clause d'élection de for, quand bien même le juge élu serait par la suite saisi de la clause.

**28.** En droit commun, le mécanisme de la litispendance ne paralysera pas la possibilité pour le juge français d'avoir à connaître d'une clause d'élection de for désignant un juge étranger. Si, en droit interne, le mécanisme oblige le juge second saisi à se dessaisir en faveur du juge premier saisi<sup>100</sup>, il n'en est rien en matière internationale. L'exception de litispendance peut être reçue par le juge français, à condition que la décision à intervenir à l'étranger ne soit

---

<sup>95</sup> A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles 1 », *Rev. crit. DIP* 2013. 52, n°30 ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2020, n°452.

<sup>96</sup> A. Nuyts, « La refonte... », *op. cit.*, n°30. V. aussi, A. Nuyts, « Owusu, Gasser, Turner and West Tankers – Is the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements the Solution? », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 191, spéc. p. 193-195. Si l'argument est intéressant, le texte de l'Art. 31§2 est très clair et semble ne souffrir aucune exception.

<sup>97</sup> Convention de La Haye, Art. 6, première phrase.

<sup>98</sup> *Ibid.*, Art. 6a) et c).

<sup>99</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §145.

<sup>100</sup> Code de procédure civile, Art. 100.

pas insusceptible d'être reconnue en France<sup>101</sup>. Mais il ne s'agit là que d'une possibilité, le juge français peut parfaitement refuser de se dessaisir (par exemple s'il souhaite apprécier le déséquilibre créé par la clause élisant un juge étranger)<sup>102</sup>.

**29.** Au-delà du mécanisme de la litispendance, ne pouvant probablement nuire à la possibilité pour le juge français d'avoir à connaître d'une clause élisant un juge étranger que sous l'empire du Règlement Bruxelles 1 bis, il faut essayer de déterminer s'il pourrait avoir à en connaître *a posteriori*, lors de la reconnaissance d'un jugement étranger.

## §2. La connaissance *a posteriori* de la clause d'élection de for par le juge français

**30.** Il s'agira ici d'essayer de déterminer si le juge français pourra être amené à avoir à connaître d'une clause d'élection de for après qu'un juge étranger ait déjà eu à en connaître et lui ait fait produire ses effets. Nous étudierons les cas d'une clause désignant un juge français ou un juge étranger, en application du Règlement Bruxelles 1 bis, de la Convention de La Haye et du droit commun.

**31.** Commençons, cette fois-ci, par analyser le droit international privé commun. En cette matière, le juge français peut refuser de reconnaître un jugement étranger en cas de fraude à la loi, d'absence de compétence indirecte du juge étranger ou de violation de l'ordre public de fond ou de procédure<sup>103</sup>. Si la clause désignait le juge français mais que le juge étranger s'est prononcé en violation de cette clause, la sanction est immédiate : ce jugement ne pourra pas être reconnu car le juge étranger ne disposait pas de compétence indirecte en raison de la violation de la compétence exclusive des tribunaux français<sup>104</sup>. Dans ce cas, le juge français se déclarera compétent en vertu de la clause, pourra donc avoir à en connaître. La solution est moins claire si la clause désigne un juge étranger. Il ne pourra pas opposer l'absence de compétence indirecte de ce dernier, précisément car il est désigné par la clause. L'hypothèse de

---

<sup>101</sup> Civ. 1ère, 26 novembre 1974, n°73-13.820.

<sup>102</sup> V. PCDIP, Art. 33, al. 3 : « *En cas de saisine de la juridiction étrangère désignée, le juge français concurremment saisi, s'il n'a pas une compétence exclusive, a la faculté de surseoir à statuer jusqu'à ce que cette juridiction étrangère ait pris parti sur sa compétence* » (nous soulignons). Les solutions que prévoit le projet sur le régime des clauses d'élection de for sont censées « *épouse[r] le droit positif ou s'en inspire[r] étroitement* » (J.-P. Ancel *et al.*, *Rapport du groupe de travail sur le Projet de Code de droit international privé*, 2022 p. 53).

<sup>103</sup> Civ. 1ère 20 février 2007, n°05-14.082.

<sup>104</sup> Civ. 1ère 15 mai 2018, n°17-17.546. La solution a été rendue en application de l'Accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République de Haute-Volta du 24 avril 1961, mais la solution est généralisable à l'ensemble du droit commun (en ce sens, v. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°859, p. 347, note 4). V. aussi, PCDIP, Art. 33, al. 1<sup>er</sup> : « *Lorsque les parties ont valablement désigné les juridictions françaises, la compétence de ces juridictions est exclusive sauf convention contraire des parties, et s'oppose à la reconnaissance d'une décision étrangère rendue en violation de la clause* ».

la fraude à la loi semble également peu probable, tant son domaine tend à se réduire à peau de chagrin<sup>105</sup>. Reste alors l'exception d'ordre public. L'ordre public procédural a longtemps été seulement assimilé au respect des droits de la défense, il ne serait donc pas possible de scruter le déséquilibre significatif créé par la clause à travers ce prisme. Toutefois, avec l'essor des droits fondamentaux, certains auteurs le voient désormais comme protégeant également le droit d'accéder à la justice<sup>106</sup>, le contrôle de la clause pourrait donc peut-être s'effectuer à travers le prisme de l'ordre public procédural<sup>107</sup>. Surtout, il est possible d'envisager un contrôle du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for désignant le juge étranger à travers l'ordre public de fond. Il a pour vocation de protéger les valeurs cardinales du for, à travers l'analyse de « *l'effet concret de la loi appliquée au fond du litige* » et son « *caractère éventuellement choquant* »<sup>108</sup>. Reste donc à déterminer si l'absence d'analyse et de sanction du déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for contredit une des valeurs cardinales du for. Il nous semble que oui, la généralisation de la lutte contre les clauses abusives réalisée par la réforme manifestant un souci de protection de la partie faible soumise à la volonté de son cocontractant. Plus exactement, cette politique législative manifeste, selon nous, l'existence d'une loi de police<sup>109</sup>.

**32.** On sait que l'existence d'une loi de police française ne crée pas de compétence impérative au profit du juge français faisant échec à la clause d'élection de for désignant un juge étranger<sup>110</sup>. Mais il ne s'agirait pas ici d'invoquer le caractère de loi de police des dispositions françaises sur le déséquilibre significatif pour refuser la reconnaissance de la clause désignant le juge étranger car ce dernier serait dépourvu de compétence indirecte en raison de la violation de la compétence exclusive du juge français. Il s'agirait d'affirmer que la clause d'élection de for désignant le juge étranger crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, déséquilibre significatif qui est contraire à l'ordre public de fond du juge français car il contrevient à une certaine conception du contrat. C'est la *validité de la clause en tant que contrat* qui serait ici attaquée, pas la licéité de l'élection du juge étranger en présence d'une loi de police du for<sup>111</sup>. Plusieurs critiques pourraient être opposées à une telle solution, que nous essayerons d'écarter. On pourrait d'abord opposer que cette conception du contrat est

---

<sup>105</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°267.

<sup>106</sup> *Ibid.*, n°269.

<sup>107</sup> Le contrôle de la clause se ferait ainsi directement par le biais de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pas sur le fondement du déséquilibre significatif.

<sup>108</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°572.

<sup>109</sup> V. *infra*, n°61, pour la justification de cette qualification.

<sup>110</sup> Civ. 1ère 22 octobre 2008, *op. cit.*

<sup>111</sup> V. *infra*, n°38 s., pour une discussion de la validité et de la licéité des clauses d'élection de for.

bien jeune pour être déjà une valeur cardinale du for constitutive de l'ordre public international français. Toutefois, il ne semble pas que la jeunesse d'une loi empêche que les valeurs qu'elle protège soient qualifiées d'ordre public international<sup>112</sup>, surtout que ce dernier est régi par un principe d'actualité<sup>113</sup>. Une deuxième objection qui pourrait être faite est que l'exception d'ordre public ne se confond pas avec les lois de police : le non-respect d'une loi de police par le juge étranger ne pourrait ainsi pas être sanctionné par un refus de reconnaissance de la décision étrangère sur le fondement de l'exception d'ordre public international. Sans prétendre que le non-respect d'une telle loi entraîne immédiatement le jeu de l'exception d'ordre public (l'analyse devant être effectuée *in concreto*), il nous semble qu'un tel contrôle est possible. D'abord, lois de police et exception d'ordre public international ne sont que les deux facettes d'un même concept : l'ordre public international<sup>114</sup> (en témoigne d'ailleurs le vocable de « *loi d'ordre public* », parfois utilisé par les tribunaux, pour désigner les lois de police<sup>115</sup>). Les lois de police et l'exception d'ordre public protègent les valeurs cardinales du for, la différence entre les deux n'étant que méthodologique<sup>116</sup>. Puisque la clause d'élection de for permet de court-circuiter la méthode des lois de police, il n'y a pas de raison de ne pas protéger ces valeurs cardinales par son autre mode d'expression, l'exception d'ordre public<sup>117</sup>. Dès lors, il nous semble envisageable que le juge français, en droit commun, puisse exercer un contrôle sur la clause d'élection de for désignant le juge étranger à l'étape de la reconnaissance, sur le fondement du déséquilibre significatif qu'elle créerait entre les droits et les obligations des parties.

---

<sup>112</sup> La loi marocaine refusant le mariage homosexuel a ainsi été déclarée contraire à l'ordre public international français dans un arrêt de la première chambre civile du 28 janvier 2015 (n°13-50.059) rendu moins de deux ans après l'adoption la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>113</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°467.

<sup>114</sup> J. Guillaumé, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014. 2121, n°13-14. L'exception d'ordre public est même parfois qualifiée d'« *avatar* » des lois de police, D. Bureau, H. Muir Watt, « Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu », *obs. sous com.* 24 novembre 2015, n°14-14.924 et *civ.* 1ère 18 janvier 2017, n°15-26.105, *Rev. crit. DIP* 2017. 269, n°8.

<sup>115</sup> V. par exemple CA Paris 15 mai 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 690, note H. Batiffol

<sup>116</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°186. V. aussi, B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°53-6, qui qualifient les lois de police « *d'exception d'ordre public a priori en ce qu'elle réfuse – mais par avance – une éventuelle mise en œuvre du droit étranger* ». V. toutefois, critiquant vigoureusement cette distinction, et qualifiant même la méthode des lois de police d'« *injustifiable* », V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP* 2020. 31.

<sup>117</sup> V. se prononçant également en faveur d'un contrôle de la compatibilité de la solution étrangère à la loi de police à travers l'exception d'ordre public suite à la jurisprudence *Monster Cable* (et en l'absence de contrôle de la loi appliquée par le juge étranger depuis l'arrêt Cornelissen), P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit...*, *op. cit.*, n°404 ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit...*, *op. cit.*, n°810 ; B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°573 ; D. Bureau, H. Muir Watt, « Existence... », *op. cit.*, n°8.

**33.** En est-il de même sous l'empire de la Convention de La Haye ? Elle prévoit des motifs exclusifs<sup>118</sup> de refus de reconnaissance d'un accord d'élection de for. Parmi ces motifs se trouve notamment l'hypothèse où « *la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat 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 Etat* »<sup>119</sup>. Malgré la formule de la deuxième partie de la phrase, l'emploi de l'adverbe notamment indique qu'on ne se limite pas ici à des questions d'ordre public procédural dans son acception traditionnelle : il est également possible de refuser de reconnaître la décision étrangère en raison de violation de l'ordre public de fond du juge saisi<sup>120</sup>. Ainsi, le juge français pourrait refuser de reconnaître la décision du juge étranger élu validant la clause d'élection de for en raison du déséquilibre significatif qu'elle crée, à travers le mécanisme explicité ci-dessus. Il pourrait également refuser de reconnaître la décision étrangère décidant que la clause élisant le juge français est nulle s'il la considère valable ou la déclarer nulle, alors même que le juge étranger l'aurait considérée comme valable, en vertu du droit français (et donc potentiellement de ses dispositions relatives au déséquilibre significatif)<sup>121</sup>.

**34.** Enfin, sous l'empire du Règlement Bruxelles 1 bis, il est moins évident que le contrôle du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for puisse s'opérer. En effet, en application du principe de reconnaissance mutuelle, il limite fortement les hypothèses dans lesquelles le juge français peut s'opposer à la reconnaissance des décisions du juge d'un autre Etat membre. Une telle opposition est d'abord possible lorsque le juge étranger s'est déclaré compétent en violation d'une compétence exclusive de l'article 24 du juge français ou en violation d'une des compétences protectrices de partie faible<sup>122</sup>. Mais la compétence exclusive résultant de l'élection de for ne fait pas partie de cette liste justifiant un refus de reconnaissance du jugement étranger. Dès lors, le juge français ne pourra s'opposer à la reconnaissance du jugement étranger rendu en violation d'une clause d'élection de for le désignant sur ce fondement, et encore moins examiner le déséquilibre que cette clause crée entre les droits et obligations des parties. Le juge français peut également s'opposer à la reconnaissance

---

<sup>118</sup> Convention de La Haye, Art. 8§1, deuxième phrase : « *La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention* ».

<sup>119</sup> *Ibid.*, Art. 9e).

<sup>120</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §189, note 229 : « *La seconde partie n'a pas vocation à limiter les effets de la première : l'ordre public au sens de la Convention n'est pas limité aux questions de procédure* ».

<sup>121</sup> Convention de La Haye, Art. 9a). Cet article confère en effet une supériorité à la détermination de la validité de la clause faite par le tribunal élu. V. T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §183.

<sup>122</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 45§1, e).

lorsqu'elle serait « *manifestement contraire* » à son ordre public<sup>123</sup>. Suivant le mécanisme ci-dessus décrit, on pourrait donc envisager un contrôle *a posteriori* du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for désignant le juge étranger<sup>124</sup>. Toutefois, le Règlement précise également que le juge de la reconnaissance ne peut pas contrôler la compétence de la juridiction d'origine et que l'ordre public ne peut être appliqué aux règles de compétence<sup>125</sup>. On pourrait ici voir un coup d'arrêt à la possibilité pour le juge français d'apprécier le déséquilibre significatif créé par la clause : le juge étranger ayant établi sa compétence sur la base de la clause et en application des règles européennes, le juge français n'aurait pas à réexaminer cette compétence par la suite, quel que soit le fondement utilisé à cette fin. Un argument en sens contraire est concevable. En effet, l'analyse ne viserait pas ici la compétence du juge étranger, mais simplement le déséquilibre significatif créé par la clause entre les parties. Encore une fois, c'est de la clause envisagée sur son versant contractuel qu'il s'agirait, pas de son versant procédural<sup>126</sup>. Elle serait ainsi détachée des règles de compétence *stricto sensu*, et serait écartée car reconnaître sa validité serait contraire à l'ordre public français. Si tentante cette interprétation soit-elle, il nous semble peu probable qu'elle serait retenue pas la Cour de Justice si elle était interrogée sur cette question. En effet, elle aboutirait à l'application de la règle française sur le déséquilibre significatif à une clause d'élection de for désignant un juge étranger alors que c'est précisément ce que tente d'éviter le Règlement Bruxelles 1 bis en édictant une règle de conflit de systèmes plutôt qu'une règle de conflit de lois pour déterminer la loi applicable à la validité de la clause<sup>127</sup>. De plus, même si la lettre de l'article 45§3 n'est pas très claire, l'esprit du Règlement est limpide : unifier les règles de conflit de juridictions et mettre en place un principe de reconnaissance mutuelle<sup>128</sup>. Il nous semble que le contrôle du déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for désignant un juge étranger en application d'une loi qui ne serait normalement pas applicable selon la règle de conflit de systèmes prévue par le Règlement irait trop à l'encontre de ces objectifs pour qu'une telle interprétation soit plébiscitée par la Cour de Justice. Dès lors, il faut probablement se résoudre à l'impossibilité d'un tel contrôle par le juge français appliquant le droit communautaire.

---

<sup>123</sup> *Ibid.*, Art. 45§1, a).

<sup>124</sup> On voit en effet mal pourquoi il refuserait de reconnaître la décision du juge étranger (par hypothèse le juge objectivement compétent) rendu en violation de la clause d'élection de for le désignant s'il considère qu'elle crée un déséquilibre significatif.

<sup>125</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 45§3.

<sup>126</sup> V. *infra*, n°38 s., pour une discussion des aspects contractuels et procéduraux de la clause d'élection de for.

<sup>127</sup> A ce sujet, v. *infra*, n°53.

<sup>128</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Considérants 3 et 4.

35. En toute hypothèse, ce contrôle *a posteriori* du déséquilibre significatif créé par la clause n'est pas suffisant. Si le jugement étranger n'a pas vocation à produire un quelconque effet en France, le juge français ne pourra jamais avoir à connaître du déséquilibre significatif créé par une clause attributive de juridiction<sup>129</sup>. Il est donc nécessaire de s'assurer que le juge français pourra effectuer un contrôle *a priori* sur celle-ci. L'objet de ce chapitre était de s'assurer de la possibilité d'un tel contrôle du point de vue de la compétence, nous envisagerons donc maintenant la question de la loi applicable.

## **Chapitre 2 – La possibilité d'apprécier une clause d'élection de for en vertu du droit français : les conflits de lois**

36. Nous partons désormais de l'hypothèse où le juge français est compétent pour avoir à connaître d'une clause d'élection de for, qu'elle le désigne ou qu'elle désigne un juge étranger. Avant de pouvoir apprécier le déséquilibre créé par une telle clause, il est nécessaire de répondre à une seconde question : quelle est la loi applicable à une clause d'élection de for ? (Section 2). Toutefois, avant d'y répondre, il est nécessaire de résoudre quelques problèmes préalables, liés au particularisme des clauses d'élection de for (Section 1).

### Section 1 – Les questions préalables à la détermination de la loi applicable à la clause d'élection de for : le particularisme des clauses d'élection de for

37. Il est depuis longtemps admis que les clauses d'élection de for ne sont pas des clauses contractuelles comme les autres. Elles produisent des effets entre les parties, en les obligeant à saisir un juge désigné par elles plutôt que le juge objectivement compétent pour avoir à connaître de leur litige. Mais elles produisent également leurs effets, sous certaines conditions, à l'égard du juge élu, qui se déclare compétent en vertu de la clause, et à l'égard du juge non-élu, qui se déclare incompétent en vertu de celle-ci. Cela amène à distinguer la nature contractuelle de la nature processuelle de la clause<sup>130</sup>. Pour qu'une clause d'élection de for soit

---

<sup>129</sup> Rapp. D. Bureau, H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », à propos de civ. 1ère 22 octobre 2008, n°07-15.823, *Rev. crit. DIP* 2009. 1, n°11 ; P. Guez, « Une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger doit être mise en œuvre alors même qu'une loi de police française serait applicable », *Gaz. Pal.* 2009, n°52, p. 27, n°13 ; M.-N. Jobard-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, spéc. p. 351-352, faisant tous trois le même constat pour les lois de police en général après l'arrêt *Monster Cable*.

<sup>130</sup> La distinction n'est pas récente. V. par exemple, H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n°11 (et les auteurs cités).

effective, il faut qu'elle soit procéduralement autorisée – licite – mais aussi qu'elle soit contractuellement valable – valide<sup>131</sup>, les deux aspects de la clause d'élection de for étant régis par des mécanismes de droit international privé différents. Il s'agira donc d'abord de déterminer à laquelle de ces deux catégories – licéité ou validité – ressortit le déséquilibre significatif provoqué par la clause d'élection de for (§1). Ensuite, il s'agira de déterminer si l'autonomie reconnue à la clause d'élection de for n'empêche pas l'analyse de ce déséquilibre significatif (§2).

*§1. Le déséquilibre significatif créé par la clause attributive de juridiction, question de validité de la clause*

**38.** Selon la célèbre formule de Bertrand Ancel et Yves Lequette, les accords d'élection de for sont « *[c]ontractuels par leur sources, mais procéduraux par leur objet* »<sup>132</sup>. Il s'agit d'abord d'un contrat entre deux parties. Mais il s'agit également d'un moyen d'influer sur la compétence ou l'incompétence d'un juge. Il faut donc « *distinguer la clause en tant que phénomène contractuel devant répondre à des conditions analogues à celles de tout contrat, et son effet juridictionnel qui, parce qu'il touche à la compétence juridictionnelle d'un juge, doit être conforme à des exigences posées par la matière de la compétence* »<sup>133</sup>. Nous étudierons ces deux aspects avant de déterminer auquel ressortit le déséquilibre significatif.

**39.** La licéité d'une clause d'élection de for correspond à sa possibilité d'influer sur la compétence juridictionnelle d'un Etat. Ainsi, le juge objectivement compétent mais non désigné par la clause d'élection de for exclusive n'est en principe pas compétent pour avoir à connaître du litige entre les parties. Pareillement, le juge objectivement incompétent mais désigné par la clause d'élection de for devient, par l'effet de cette clause, compétent pour avoir à connaître du litige entre les parties. Une clause d'élection de for exclusive permet donc de modifier la compétence juridictionnelle de plusieurs juridictions. Par son effet positif, elle crée la compétence de la juridiction désignée (peu important qu'elle soit objectivement compétente ou non) ; par son effet négatif, elle éteint en revanche la compétence de la juridiction non désignée (y compris si elle était objectivement compétente). Toutefois, la régulation de la compétence

---

<sup>131</sup> V. par exemple, D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°859. Comp. N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions...*, *op. cit.*, n°51 s., qui emploie les termes d'« admissibilité » et de « formation ».

<sup>132</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-11.

<sup>133</sup> N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions...*, *op. cit.*, n°54. La distinction a été consacrée par la Cour de cassation, civ. 1ère 3 décembre 1991, n°90-10.078.

juridictionnelle des tribunaux d'un Etat relève uniquement de cet Etat puisqu'il s'agit du fonctionnement de ses organes (ici juridictionnels)<sup>134</sup>. C'est la loi de cet Etat, et uniquement celle-ci qui détermine les hypothèses dans lesquelles ses tribunaux sont compétents ; un Etat ne peut régler la compétence juridictionnelle d'un autre Etat<sup>135</sup>. Dès lors, le simple fait qu'une clause d'élection de for soit contractuellement valide ne peut suffire à fonder la compétence du juge élu et l'incompétence du juge exclu<sup>136</sup>. Cela serait d'abord contraire au principe de l'effet relatif des conventions, mais également contraire au principe selon lequel seul un Etat a le pouvoir de régir la compétence juridictionnelle de ses tribunaux. Si un accord d'élection de for produit ses effets de prorogation et de dérogation de compétence, c'est parce qu'un Etat lui reconnaît ce pouvoir, autrement dit le déclare licite. La question de la licéité de la clause d'élection de for est donc une question de conflit de juridictions<sup>137</sup>. Il faut ainsi s'assurer que l'Etat saisi, élu ou non, admet qu'une clause d'élection de for contractuellement valide crée ou supprime la compétence juridictionnelle de ses tribunaux. En France, la licéité des accords d'élection de for ne fait aucun doute. En droit commun, la Cour de cassation l'a clairement affirmé dans le grand arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques* : « les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international [...] et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française »<sup>138</sup>. La seule limite à la licéité d'une clause d'élection de for en droit commun est donc l'existence d'une compétence impérative des tribunaux français<sup>139</sup>. Sous l'empire de la Convention de La Haye, la solution est identique : les clauses d'élection de for rentrant dans le champ d'application de la Convention sont licites<sup>140</sup>, *a priori* sans limite<sup>141</sup>. Enfin, le Règlement Bruxelles 1 bis admet lui aussi la licéité des clauses d'élection de for<sup>142</sup>, tout en y ajoutant deux limites : comme en droit commun, de telles clauses ne peuvent pas faire

---

<sup>134</sup> N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions...*, *op. cit.*, n°75.

<sup>135</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-11 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit...*, *op. cit.*, n°312.

<sup>136</sup> N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions...*, *op. cit.*, n°55.

<sup>137</sup> *Ibid.*, n°70.

<sup>138</sup> Civ. 1ère 17 décembre 1985, n°84-16.338.

<sup>139</sup> V. dans le même sens, PCDIP, Art. 25 et 33, al. 2.

<sup>140</sup> Convention de La Haye, Art. 5§1 : « Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique [...] ».

<sup>141</sup> L'absence de limite à la licéité de ces clauses peut s'expliquer par le champ d'application très limitée de la Convention. Ainsi, elle ne s'applique, par exemple, ni aux droits réels immobiliers ou aux baux d'immeubles (Art. 2§2, l)) ni à la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou aux décisions de ses organes (Art. 2§2, m)), empêchant qu'une clause d'élection de for conclue en application de la Convention permette de faire échec à la compétence impérative de l'un des Etats contractants.

<sup>142</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1 : « Si les parties [...] sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes [...] ».

échec à la compétence exclusive – impérative – d’un Etat membre en vertu de l’article 24, mais elles ne doivent pas non plus être contraires aux dispositions protectrices d’une partie faible contenues aux articles 15, 19 et 23 du Règlement<sup>143</sup>.

**40.** La validité d’une clause d’élection de for correspond aux effets qu’elle produit entre les parties en tant qu’acte juridique. Comme tout contrat, une telle clause est soumise à certaines conditions de validité<sup>144</sup>. Parmi celles-ci, les auteurs différencient les questions de validité formelle des questions de validité au fond de la clause<sup>145</sup>. La question de la validité formelle correspond aux différentes formes que peut revêtir la clause d’élection de for. Ainsi, en droit communautaire, elle doit avoir été conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ou selon une forme conforme aux habitudes des parties ou aux usages du commerce international connus par elles<sup>146</sup>. Sous l’empire de la Convention de La Haye, elle doit avoir été conclue par écrit ou tout autre moyen de communication permettant une consultation ultérieure<sup>147</sup>. Le Règlement Bruxelles I (comme la Convention de Bruxelles) n’évoquant pas la validité au fond, la question s’est un temps posée de savoir si ce contrôle de la validité au fond des clauses d’élection de for était possible ou si les conditions de validité formelle expressément prévues par le Règlement étaient exclusives<sup>148</sup>. Toutefois, le Règlement Bruxelles I bis (comme la Convention de La Haye) clôt ce débat, en posant des conditions matérielles de validité formelle de la clause d’élection de for, tout en soumettant sa validité quant au fond au droit du juge élu<sup>149</sup>. Le seul respect des conditions de forme ne suffit donc pas à assurer la validité de la clause d’élection de for, elle doit donc également respecter certaines conditions de validité quant au fond. Celles-ci comprennent notamment l’existence d’un consentement et l’absence de vices tels que « *la fraude, l’erreur, le dol, la violence et l’incapacité* »<sup>150</sup>.

**41.** Une fois présentées la licéité et la validité de la clause attributive de juridiction, il convient désormais de déterminer si le déséquilibre significatif créé par elle ressortit à l’une ou l’autre de ces catégories. La question est importante car elle conditionne la possibilité même d’apprécier ce déséquilibre significatif. S’il s’agit d’une question de licéité, il ne sera dès lors

---

<sup>143</sup> Règlement Bruxelles I bis, Art. 25§4.

<sup>144</sup> Par exemple en droit français, selon l’article 1128 du Code civil, « [s]ont nécessaires à la validité d’un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain. »

<sup>145</sup> V. par exemple, B. Audit, L. d’Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°667 s.

<sup>146</sup> Règlement Bruxelles I bis, Art. 25§1.

<sup>147</sup> Convention de La Haye, Art. 3c).

<sup>148</sup> Pour une discussion, v. not. S. Francq, « Les clauses d’élection de for dans le nouveau Règlement Bruxelles I bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 107, spéc. p. 126-129.

<sup>149</sup> Règlement Bruxelles I bis, Art. 25§1 ; Convention de La Haye, Art. 5§1, 6a).

<sup>150</sup> T. Hartley, M. Doguchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §126.

pas possible de l'apprécier dans les cadres communautaire et conventionnel, qui régissent directement la question de la licéité<sup>151</sup>. S'il s'agit d'une question de validité formelle, la solution sera la même puisque celle-ci est déjà régie par les instruments communautaire et conventionnel<sup>152</sup>. Au contraire, un tel contrôle sera potentiellement possible s'il s'agit d'une question de validité quant au fond puisqu'un renvoi est alors effectué vers le droit national du juge élu.

42. Il ne nous semble pas que le déséquilibre significatif ressortisse de la licéité de la clause d'élection de for. Certains arguments pourraient être avancés en ce sens, mais aucun ne nous semble pertinent. D'abord, il pourrait être avancé que, le contrôle du déséquilibre significatif étant une loi de police<sup>153</sup>, il fonderait la compétence impérative des tribunaux français, ressortissant à la licéité de la clause. Toutefois, puisque l'existence d'une loi de police applicable au fond du litige n'empêche pas le jeu d'une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger<sup>154</sup>, cela signifie qu'une loi de police ne crée pas de compétence impérative des tribunaux français<sup>155</sup>. Dès lors, le caractère de loi de police du déséquilibre significatif ne peut être invoqué pour affirmer qu'il s'agit d'une question de licéité des clauses d'élection de for. Un second argument pourrait être tiré de la lettre même du Règlement Bruxelles 1 bis et de la Convention de La Haye<sup>156</sup>. En effet, les deux instruments indiquent qu'une clause d'élection de for licite est valide, sauf si elle est *nulle* quant au fond selon le droit de l'Etat du juge élu. Au contraire, la sanction du déséquilibre significatif en droit interne n'est pas la nullité mais le *réputé non écrit*<sup>157</sup>. Dès lors, le déséquilibre significatif ne peut pas ressortir à la validité de la clause, et ressortit donc à sa licéité. Toutefois, la sanction du caractère abusif d'une clause n'est pas toujours le réputé non écrit, c'est la nullité dans le droit des pratiques restrictives de concurrence<sup>158</sup>. De plus, il nous semble qu'une telle lecture restrictive

---

<sup>151</sup> La Cour de Justice s'est ainsi notamment opposée, sous l'empire de la Convention de Bruxelles, à l'analyse du lien entre le tribunal désigné et le rapport litigieux ou du bien-fondé de la clause. V. not. en ce sens, CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali c/ Hugo Trumpy*, C-159/97, §52. A supposer qu'il s'agisse de licéité, il n'est pas évident qu'un tel contrôle du déséquilibre significatif à travers la licéité serait plus possible en droit commun, puisque la règle posée par l'arrêt *Compagnie de signaux* répute les clauses d'élection de for licites, sauf si elles contreviennent à la compétence impérative du juge français.

<sup>152</sup> Les Etats membres n'ont ainsi pas la possibilité de prescrire des conditions de validité formelle supplémentaires pour les clauses d'élection de for. V. en ce sens, CJCE 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c/ Pierre Jacquemain*, aff. 150/80, §25-26 ; CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, *op. cit.*, §37.

<sup>153</sup> V. *infra*, n°61.

<sup>154</sup> Civ. 1ère 22 octobre 2008, *op. cit.* ; com. 24 novembre 2015, n°14-14.924 ; civ. 1ère 18 janvier 2017, n°15-26.105.

<sup>155</sup> V. dans le même sens, D. Bureau, H. Muir Watt, « Existence... », *op. cit.*, n°8.

<sup>156</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1 ; Convention de La Haye, Art. 5§1 et 6a).

<sup>157</sup> C. civ., Art. 1171 ; C. conso., Art. L. 241-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>158</sup> C. com., Art. L. 442-4, I, al. 2.

serait en contradiction avec l'esprit des textes. S'ils ne mentionnent que les hypothèses où la clause serait nulle quant au fond, il faut *a fortiori* y inclure les hypothèses où elle serait réputée non écrite, qui est une sorte de super nullité<sup>159</sup>. Le seul fait que la sanction du déséquilibre significatif soit parfois le réputé non écrit ne saurait donc pas l'exclure *per se* de la validité quant au fond de la clause. Un troisième argument pourrait être tiré d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 12 février 2016<sup>160</sup>. Celle-ci, après avoir déclaré examiner la « *licéité de la clause attributive de compétence* », l'a ensuite déclarée abusive en application des articles L. 132-1 et R. 132-2, 10° (articles L. 212-1 et R. 212-1 nouveau) du Code de la consommation. Toutefois, ainsi que l'ont relevé plusieurs auteurs, il ne s'agit probablement là que d'une maladresse de formulation<sup>161</sup>. D'abord, la Cour d'appel ne pouvait pas rajouter une condition de licéité à la clause après avoir déclaré applicable le Règlement Bruxelles 1, qui régit exclusivement les conditions de licéité d'une clause d'élection de for. En outre, il apparaît que le déséquilibre significatif n'a que peu à voir avec l'objet de l'analyse de la licéité de la clause. La détermination de la licéité d'une clause d'élection de for permet de déterminer si elle peut produire ses effets à l'égard du juge élu ou non-élu. Mais il s'agit d'une question procédurale : l'Etat détermine *in abstracto* s'il admet ou non la prorogation et la dérogation de compétence réalisée par une clause d'élection de for. La généralité d'une telle règle est incompatible avec l'analyse du déséquilibre significatif, soumis à un contrôle *in concreto*. Contrairement aux dispositions protectrices des parties faibles du Règlement Bruxelles 1 bis qui visent les clauses d'élection de for en raison du danger qui leur est inhérent (leur effet juridictionnel), le mécanisme du déséquilibre significatif les vise en raison du déséquilibre qu'elles créent entre les droits et obligations des parties. Son objectif n'est pas de limiter l'effet juridictionnel de la clause, simplement de rééquilibrer le contrat trop déséquilibré, peu important l'origine de ce déséquilibre.

**43.** Il nous semble en effet que le déséquilibre significatif ressortit à la validité, et précisément à la validité quant au fond de la clause d'élection de for. Il a pour objet de sanctionner une clause qui, au sein d'un contrat donné, dans un contexte donné, crée un tel déséquilibre entre les droits et obligations des parties qu'il ne peut rester sans sanction. Ce

---

<sup>159</sup> En effet, le réputé non-écrit n'est notamment pas soumis à la prescription. V. en ce sens, civ. 1ère 30 mars 2022, n°19-17.996.

<sup>160</sup> CA Paris, 12 février 2016, *op. cit.*

<sup>161</sup> L. Marion, « Regard du juge français sur la clause attributive de juridiction des conditions générales de Facebook », note sous CA Paris, 12 février 2016, n°15/08624, *JCP E* 2016. 1309 ; C. Cohen, « Les clauses d'élection de for dans les relations asymétriques, les leçons de l'affaire Facebook en droit de la consommation », *RDIA*, 2018. 408, spéc. p. 418.

contrôle porte sur le contenu du contrat, dans une hypothèse où l'une des parties n'a pas été en mesure d'exprimer sa volonté<sup>162</sup>. Il n'y a pas de véritable accord des deux parties sur la clause mais assujettissement de l'une des parties par l'autre<sup>163</sup>. C'est cette « *inégalité contractuelle* » empêchant l'une des parties « *de négocier lucidement, donc librement* », qui justifie ce mécanisme<sup>164</sup>. Il s'agit donc de déterminer, en présence d'un consentement imparfait, si la clause peut pleinement produire ses effets ou si elle déséquilibre trop la relation contractuelle. On voit bien qu'il est ici question de validité de la clause : remplit-elle les conditions de droit des contrats permettant de lui faire produire effet ? Le Code civil inclut d'ailleurs l'article 1171 dans sa section relative à la validité du contrat. La question se rapproche ici de celle des vices du consentement<sup>165</sup>, qui fait précisément partie des conditions de validité quant au fond de la clause d'élection de for<sup>166</sup>. Une décision de la Cour de cassation belge range également expressément le caractère abusif d'une clause d'élection de for dans la catégorie de la validité quant au fond de cette clause<sup>167</sup>. Enfin, tout en permettant l'analyse du déséquilibre créé par une clause d'élection de for stipulée dans un contrat international<sup>168</sup>, la Cour de Justice semble ranger implicitement le mécanisme dans la catégorie de la validité quant au fond<sup>169</sup>. Pour toutes ces raisons, il nous semble donc bien que le déséquilibre significatif ressortisse de la validité quant au fond de la clause d'élection de for<sup>170</sup>.

**44.** Désormais assurés que l'analyse du déséquilibre significatif qu'elle crée est bien une condition de validité de la clause d'élection de for, il est nécessaire de s'assurer que son autonomie n'empêche pas cette analyse.

---

<sup>162</sup> Dans le Code civil, il est restreint aux contrats d'adhésion (Art. 1171), dans le Code de commerce, il est restreint aux hypothèses de soumission (Art. L. 442-1, I, 2°) et, dans le Code de la consommation, il aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel (Art. L. 212-1 et Art. L. 212-2).

<sup>163</sup> S. Lequette, « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018. 541, spéc. p. 550 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, « La réforme du droit des contrats a-t-elle sonné le glas du solidarisme contractuel ? », in *Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 617, spéc. p. 625.

<sup>164</sup> D. Mazeaud, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 518, n°16.

<sup>165</sup> Un arrêt récent de la première chambre civile du 20 avril 2022 (n°20-16.316) semble d'ailleurs lier consentement et déséquilibre significatif puisqu'il déclare abusive en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la clause à propos duquel le consommateur n'a pas été suffisamment averti.

<sup>166</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §126.

<sup>167</sup> Cour de cassation (Belgique) 8 février 2019, n°C.18.0354.N, cité par S. Francq, « Impérativité en droit international des affaires : une stratégie et quelques idées européennes », in S. Lemaire, L. Perreau-Saussine (dir.), *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 61, spéc. p. 74.

<sup>168</sup> CJUE 18 novembre 2020, *Ryanair DAC c/ DelayFix*, C-519/19, §63.

<sup>169</sup> *Ibid.*, §§50-51. Dire qu'il s'agit là d'une question de licéité reviendrait d'ailleurs à remettre en cause le principe de licéité mis en place par le Règlement Bruxelles 1 bis.

<sup>170</sup> V. dans le même sens, E. Pataut, « Clauses attributives... », *op. cit.*, p. 814.

## §2. L'indifférence de l'autonomie de la clause d'élection de for

45. Au-delà de sa double nature – procédurale et contractuelle, la clause d'élection de for bénéficie également d'un régime particulier. Nous le comparerons notamment avec celui de la clause compromissoire, afin de déterminer si la particularité de ce régime peut faire obstacle à l'analyse du déséquilibre significatif de la clause d'élection de for.

46. Le régime de la clause compromissoire est caractérisée par deux mécanismes de faveur : son autonomie et le principe de compétence-compétence<sup>171</sup>. Le principe de compétence-compétence pourrait s'analyser comme une règle de procédure. Son effet positif confie à l'arbitre le soin de déterminer s'il est compétent, donc entre autres, si la clause compromissoire peut produire ses effets<sup>172</sup>. Son effet négatif oblige le juge saisi en violation de la clause à se dessaisir, sauf si la clause est manifestement nulle ou inapplicable<sup>173</sup>. L'autonomie de la clause compromissoire est plutôt une règle de fond et se manifeste sous deux formes : l'autonomie matérielle et l'autonomie juridique. L'autonomie matérielle – ou séparabilité – est un mécanisme mettant la clause compromissoire à l'abri de la nullité ou de l'inexistence du contrat principal : même dans ce cas, la compétence prévue par la clause sera préservée, si la clause est valable<sup>174</sup>. Selon la règle de l'autonomie juridique de la clause compromissoire, « *son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »<sup>175</sup>. Ainsi, il n'est pas nécessaire de rechercher la loi applicable à la clause compromissoire<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> Sur le régime de la clause compromissoire, v. not. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit...*, *op. cit.*, n°413 s.

<sup>172</sup> C. proc. civ., Art. 1506, 3°, renvoyant à l'Art. 1465 : « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ».

<sup>173</sup> C. proc. civ., Art. 1506, 1°, renvoyant à l'Art. 1448, al. 1<sup>er</sup> : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ».

<sup>174</sup> C. proc. civ., Art. 1506, 1°, renvoyant à l'Art. 1447, al. 1<sup>er</sup> : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ».

<sup>175</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 20 décembre 1993, n°91-16.828.

<sup>176</sup> M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit...*, *op. cit.*, n°433.

47. Qu'en est-il de la clause d'élection de for ?<sup>177</sup> D'abord, elle bénéficie également de la règle de l'autonomie matérielle : en droit commun<sup>178</sup>, conventionnel<sup>179</sup> ou communautaire<sup>180</sup>, la nullité du contrat principal est sans incidence sur l'effectivité de la clause d'élection de for. Il est certain qu'elle ne bénéficie pas d'une autonomie matérielle en droit conventionnel et communautaire, puisque ces deux instruments posent une règle de conflit permettant de déterminer la loi applicable à la clause d'élection de for<sup>181</sup> : elle ne peut donc pas être appréciée sans faire référence à aucune loi étatique. La solution est plus incertaine en droit commun français. Si la Cour de cassation a une fois semblé poser une règle de conflit permettant de déterminer la loi applicable à la validité d'une clause d'élection de for<sup>182</sup>, elle n'a jamais réaffirmé clairement cette position depuis. Au contraire, elle a plusieurs fois apprécié le consentement à la clause d'élection de for sans faire référence à aucune loi étatique<sup>183</sup>. En se basant sur ces arrêts, un auteur a pu affirmer qu'à côté de l'autonomie matérielle de la clause d'élection de for se développaient en droit international privé commun « *les signes assez tangibles d'une autonomie juridique moins formellement exprimée mais assez vraisemblablement consacrée elle aussi* »<sup>184</sup>, la Cour de cassation harmonisant ainsi le régime de toutes les clauses de règlement des différends. L'argument ne manque pas de poids, mais il ne nous semble pas que ces arrêts consacrent, même implicitement, une autonomie matérielle de la clause d'élection de for, permettant ainsi d'apprécier sa validité sans référence à aucune loi étatique. En effet, dans chacune de ces affaires, il n'était pas question de validité de la clause *stricto sensu*, mais d'opposabilité de celle-ci. Or, il s'agit bien de deux questions différentes, une clause pouvant être valide sans être opposable à l'autre partie<sup>185</sup>. Il nous semble dès lors

---

<sup>177</sup> Le régime procédural de la clause d'élection de for ayant été étudié *supra*, n°18 s. et n°23 s., on ne s'intéressera ici qu'à son régime de validité au fond.

<sup>178</sup> Civ. 1ère 8 juillet 2010, n°07-17.788 : « *une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte* ».

<sup>179</sup> Convention de La Haye, Art. 3d) : « *un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable* ».

<sup>180</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§5 : « *Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable* ».

<sup>181</sup> Convention de La Haye, Art. 5§1, 6a) et 9a) ; Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1.

<sup>182</sup> Civ. 1ère 3 décembre 1991, *op. cit.*

<sup>183</sup> V. not. com. 26 mai 1992, n°90-17.352 ; civ. 1ère 30 juin 1992, n°90-21.491 ; civ. 1ère 16 février 1999, n°96-19.469 ; com. 21 février 2012, n°11-16.156

<sup>184</sup> D. Bureau, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans des conditions générales contractuelles », note sous com. 21 février 2012, n°11-16.156, *Rev. crit. DIP* 2012. 630, n°2 ; V. aussi, A. Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux – Règles communes à la compétence internationale et à la compétence privilégiée des tribunaux français – Clauses attributives de juridiction », *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 581-41, 2020, n°39 ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit...*, *op. cit.*, n°433.

<sup>185</sup> Par exemple, l'article 2061, al. 2, du Code civil répute la clause compromissoire inopposable au consommateur en droit interne, alors même qu'il pourrait y avoir consenti, même si elle est contractuellement valide.

que ces arrêts posent au mieux une règle matérielle permettant d'apprécier l'opposabilité de la clause d'élection de for sans faire référence à aucune loi étatique.

**48.** Est-ce que l'autonomie matérielle de la clause d'élection de for a une incidence sur la possibilité d'apprécier le déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for ? Un auteur a affirmé qu'il lui semblait peu probable qu'un juge puisse analyser le déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for<sup>186</sup>. Pour arriver à cette conclusion, il s'est notamment appuyé sur plusieurs décisions de la Cour d'appel de Paris. Dans ces affaires, il était question d'un contrat international de franchise conclu entre un franchisé français et un franchiseur néerlandais, soumis à un droit étranger (Liechtenstein ou Pays-Bas) et contenant une clause compromissoire en faveur d'un arbitrage CNUDCI à New-York. Suite au défaut de paiement des redevances par le franchisé, le franchiseur a engagé la procédure d'arbitrage et a obtenu la condamnation du franchisé au paiement de dommages-intérêts. Lorsque le franchiseur a tenté de faire reconnaître la sentence en France, le franchisé a tenté de s'y opposer en invoquant le déséquilibre significatif créé par la clause compromissoire. Dans deux de ces décisions, la Cour d'appel a formulé la même observation pour refuser l'analyse du déséquilibre significatif : « *le déséquilibre significatif de la relation commerciale [...] [résultant] de l'économie générale du contrat de franchise, à supposer qu'elle soit contraire à l'ordre public international, est sans effet sur la validité de la clause compromissoire du fait de l'autonomie de celle-ci par rapport au contrat qui la contient* »<sup>187</sup>, sans préciser si c'était d'autonomie matérielle ou juridique qu'il s'agissait ici. A supposer qu'il soit question d'autonomie matérielle, on voit mal en quoi elle empêcherait l'analyse du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for. En effet, le mécanisme a pour objet d'invalider *la clause* créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, sans toucher au reste des stipulations contractuelles. Ainsi, dans l'hypothèse où la clause créant un déséquilibre significatif n'est pas la clause d'élection de for, l'invalidation de cette clause n'aura aucune influence sur la validité de la clause d'élection de for. Inversement, dans l'hypothèse où c'est la clause d'élection de for qui crée le déséquilibre significatif, elle sera invalidée sans que ne soit remise en cause aucune des autres clauses du contrat. Le mécanisme respecte donc bien l'autonomie matérielle de la clause au regard de la sanction prononcée. Au soutien de la solution de la Cour d'appel de Paris, il pourrait également être avancé que l'autonomie matérielle de la clause empêche l'analyse du déséquilibre significatif au regard de « *l'économie générale du*

---

<sup>186</sup> C. Nourissat, « L'incidence... », *op. cit.*, n°29.

<sup>187</sup> CA Paris 11 septembre 2018, n°16/19913 ; CA Paris 21 mai 2019, n°17/07210.

*contrat qui la contient* », alors que c'est précisément son mode d'appréciation<sup>188</sup>. Certes, la clause est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. Toutefois, il ne s'agit là que d'une fiction servant précisément et uniquement à éviter qu'une partie profite de la nullité de la convention qui la contient pour obtenir la nullité de la clause d'élection de for, échappant ainsi à la compétence du juge élu<sup>189</sup>. Ce n'est pas l'objectif ici, puisqu'il s'agit directement de déterminer si la clause d'élection de for, considérée séparément sans regard à la validité du reste du contrat, doit produire ses effets ou non. A supposer même que l'autonomie matérielle fasse plus qu'une simple fiction et établisse la clause d'élection de for comme un contrat en tout point séparé de la convention principale, cela n'empêcherait pas plus l'analyse du déséquilibre significatif, puisqu'elle est possible également « *au regard [des clauses] contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution* »<sup>190</sup>. Dès lors, dans la mesure où « *l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci* »<sup>191</sup>, il faut admettre qu'une telle clause puisse être analysée à travers le prisme du déséquilibre significatif, malgré son autonomie matérielle.

**49.** La Cour d'appel de Paris semble d'ailleurs être revenue sur sa position puisque, dans une décision du 2 juin 2020, elle affirme désormais que c'est l'autonomie juridique de la clause qui fait obstacle à cette analyse<sup>192</sup>. En effet, elle commence par rappeler que la clause compromissoire est « *indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, de sorte que l'existence et l'efficacité de la clause s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* » et qu'« *[e]n conséquence, est sans influence sur sa validité et n'exclut pas le recours à l'arbitrage, le déséquilibre significatif de la relation commerciale qui résulterait de l'économie générale du contrat de franchise, à supposer même qu'il soit contraire à l'ordre public international* »<sup>193</sup>. C'est parce que la validité de la clause doit être appréciée sans se référer à aucune loi étatique qu'il est impossible d'apprécier le déséquilibre créé par elle. Toutefois, à supposer même que la clause d'élection de for bénéficie d'une autonomie juridique en droit commun<sup>194</sup>, il ne peut être soutenu, comme

---

<sup>188</sup> V. en ce sens, C. Nourissat, « L'incidence... », *op. cit.*, n°29.

<sup>189</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°481.

<sup>190</sup> C. conso., Art. L. 212-1, al. 2.

<sup>191</sup> Civ. 1ère 12 juillet 2001, n°98-21.591.

<sup>192</sup> CA Paris 2 juin 2020, n°17/18900.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Sur cette question, v. *supra*, n°47.

le fait cette décision, que cela empêche l'analyse du déséquilibre significatif. L'autonomie juridique de la clause compromissoire permet d'apprécier sa validité sans référence à une loi étatique « *sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international* »<sup>195</sup>. Si une telle limite existe pour la clause compromissoire, elle doit *a fortiori* exister pour la clause d'élection de for. Or, le déséquilibre significatif est une règle internationalement impérative du droit français<sup>196</sup>. Dès lors, on ne peut approuver l'arrêt qui refuse d'apprécier le déséquilibre créé par la clause compromissoire « *à supposer même qu'il soit contraire à l'ordre public international* »<sup>197</sup>. Quand bien même la clause (qu'elle soit compromissoire ou d'élection de for) bénéficie d'une autonomie juridique, il est possible d'apprécier le déséquilibre qu'elle crée entre les droits et les obligations des parties puisque c'est une disposition internationalement impérative du droit français<sup>198</sup>. Les juges du fond ont d'ailleurs plusieurs fois analysé le déséquilibre significatif créé par une clause compromissoire<sup>199</sup> ou d'élection de for<sup>200</sup> dans un contrat international, sans que son autonomie – qu'elle soit matérielle ou juridique – n'empêche une telle analyse. La Cour de cassation l'a également admis de manière implicite, dans un arrêt remarqué pour le tempérament qu'il apporte au principe de compétence-compétence dans les contrats de consommation<sup>201</sup> : en validant que le juge français saisi avant l'arbitre contrôle le déséquilibre significatif créé par la clause compromissoire, la Cour de cassation admet également qu'il y a là une exception à son autonomie juridique, par le truchement de l'ordre public international<sup>202</sup>.

**50.** En résumé, ni l'autonomie matérielle, ni la possible autonomie juridique de la clause d'élection de for n'empêche l'analyse du déséquilibre significatif créé par elle. Une fois dépassés ces particularismes de la clause d'élection de for, il s'agira de déterminer quand l'analyse du déséquilibre significatif sera possible en identifiant la loi applicable à sa validité.

---

<sup>195</sup> Civ. 1ère 20 décembre 1993, *op. cit.*

<sup>196</sup> Sur ce point, v. *infra*, n°61.

<sup>197</sup> CA Paris 2 juin 2020, *op. cit.*

<sup>198</sup> Un obstacle procédural peut toutefois empêcher cette analyse pour la clause compromissoire, c'est l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

<sup>199</sup> T. com. Paris 13 octobre 2020, n°2017005123.

<sup>200</sup> CA Paris 12 février 2016, *op. cit.* ; TGI Paris 7 août 2018, n°14/07300 ; CA Versailles 22 novembre 2018, n°18/00438 ; CA Lyon 18 mars 2021, n°21/02328.

<sup>201</sup> Civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241.

<sup>202</sup> V. dans le même sens, D. Mouralis, « Arbitrage international : éviction de l'effet négatif de la compétence-compétence au profit du consommateur », note sous civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241, *D.* 2020. 2501, n°8.

## Section 2 – La loi applicable à la validité de la clause d’élection de for

**51.** En raison de la différence de leurs mécanismes permettant de déterminer la loi applicable à la validité de la clause attributive de juridiction, nous étudierons successivement le Règlement Bruxelles 1 bis (§1), la Convention de La Haye (§2) et le droit international privé commun (§3).

### *§1. En droit communautaire*

**52.** Comme cela a été précédemment évoqué, trois questions se posent en présence d’une clause d’élection de for, afin de déterminer si elle doit produire ses effets ou non. D’abord, il faut s’assurer que la clause est licite et qu’elle répond à certaines conditions de forme. Ces deux points étant expressément réglés par le Règlement Bruxelles 1 bis, les Etats membres sont limités par les conditions qu’il pose<sup>203</sup>. Enfin, il faut s’assurer que la clause est valide au fond, ce qui comprend l’appréciation du potentiel déséquilibre significatif créé par elle. Contrairement aux deux conditions précédentes, cette question n’est pas réglée directement par le Règlement. Celui-ci pose la règle de conflit suivante : la validité quant au fond de la clause attributive doit être appréciée selon le droit de l’Etat membre élu<sup>204</sup>, étant entendu qu’il faut également prendre en compte ses règles de conflit de lois<sup>205</sup>. Ainsi, si le juge français est saisi d’une clause élisant le juge portugais, il devra appliquer la règle de conflit de lois portugaise en matière de validité des clauses d’élection de for pour déterminer la loi applicable à celle-ci. Pareillement, si le juge français est saisi d’une clause élisant le juge français, il devra appliquer la règle de conflit de lois française pour déterminer la loi applicable à celle-ci. Un auteur semble toutefois suggérer que, peu importe le juge désigné, il lui sera toujours possible d’apprécier le déséquilibre significatif créé par la clause, s’il s’agit d’une loi de police<sup>206</sup>. Si son caractère de loi de police est effectivement déterminant pour permettre cette appréciation<sup>207</sup>, une telle analyse ne nous semble toutefois pas parfaitement exacte, pour deux raisons.

---

<sup>203</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§4 et 25§1, troisième phrase. A ce sujet, v. *supra*, n°41.

<sup>204</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Art. 25§1.

<sup>205</sup> *Ibid.*, Considérant 20. Comp. J.-P. Beraudo, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles 1 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013/3, doctr. 6, n°22.

<sup>206</sup> C. Nourissat, « L’incidence... », *op. cit.*, n°13.

<sup>207</sup> La Cour de cassation a pu affirmer que « seules les règles de conflit de juridictions doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient-elles applicables au fond du litige » (com. 24 novembre 2015, n°14-14.924). Il ne nous semble pas que cet arrêt empêche l’utilisation du déséquilibre significatif en tant que loi de police ici. En effet, la règle de conflit de juridictions, le Règlement Bruxelles 1 bis, prévoit une règle de conflit pour déterminer la loi applicable à la validité

53. D'abord, l'analyse de la règle de conflit posée par l'article 25§1 du Règlement semble exclure implicitement l'utilisation directe d'une loi de police par le juge non élu. En effet, la règle de conflit ne désigne pas simplement la *loi* de l'Etat du tribunal élu, mais le *droit* de cet Etat, ce qui inclut également ses règles de droit international privé. Il ne s'agit pas donc d'une règle de conflit de lois, mais d'une *règle de conflit de systèmes*<sup>208</sup>. Le juge français saisi malgré la clause élisant un juge étranger doit donc se placer du point de vue de ce juge étranger pour apprécier sa validité. Il ne peut en aucun cas appliquer une loi de police du for pour apprécier cette validité, sauf si l'application du système du juge élu conduit à l'application de celle-ci<sup>209</sup>.

54. Ensuite, il nous semble que permettre au juge saisi en violation de la clause d'appliquer directement une loi de police du for serait contraire à la hiérarchie des normes. L'objectif de toute convention internationale relative au droit international privé est d'« *unifier le processus de désignation du droit applicable* »<sup>210</sup>. Dès lors, l'application d'une loi de police est contraire à cet objectif puisqu'il intervient « *en amont du raisonnement conflictuel, faisant échec au jeu des règles de conflit* », ce qui permet directement de passer outre les dispositions de la convention<sup>211</sup>. Un tel sacrifice de l'objectif poursuivi par la convention n'est pas admissible, à moins qu'elle ne prévoie expressément la possibilité d'appliquer une loi de police<sup>212</sup>, ou alors si la loi de police et la règle de conflit conventionnelle ont des objets différents<sup>213</sup>. Etudions ces deux hypothèses. D'abord, contrairement à d'autres instruments communautaires, le Règlement Bruxelles I bis ne prévoit pas l'application d'une loi de police. Ensuite, l'objet de la règle de conflit posée à l'article 25§1 est d'uniformiser le processus de désignation de la loi applicable à la validité quant au fond de la clause d'élection de for. Quel est l'objet des règles stigmatisant le déséquilibre significatif ? Il pourrait être invoqué qu'il

---

de la clause. On ne peut donc pas interpréter cette formule strictement et ne retenir que seule une règle de conflit de juridictions peut être utilisée pour déterminer le juge compétent. Surtout qu'il s'agit ici uniquement de la détermination de la loi applicable à la validité au fond de la clause d'élection de for, pas de la détermination de la juridiction compétente, *stricto sensu*. Cet attendu ne nous apparaît donc que comme une reformulation maladroite de la jurisprudence *Monster Cable*.

<sup>208</sup> L. Usunier, « Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25§1 du Règlement Bruxelles I bis », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 158, spéc. p. 161. ; P. Franzina, « The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation », in P. Mankowski (dir.), *Research Handbook on The Brussels Ibis Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 95, spéc. p. 105.

<sup>209</sup> V. aboutissant à la même conclusion, P. Franzina, « The substantive... », *op. cit.*, p. 105.

<sup>210</sup> L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes », *Rev. crit. DIP* 2001. 1, spéc. p. 29-30.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

s'agit de restaurer l'équilibre contractuel dans une relation caractérisée par la soumission d'une des parties, qu'il s'agit donc là d'un objet différent de l'uniformisation du processus de désignation de la loi applicable à la validité quant au fond de la clause d'élection de for, qu'elles peuvent donc être invoquées en tant que lois de police alors même que le Règlement Bruxelles 1 bis ne le prévoit pas. Cette analyse nous semble toutefois contestable. En effet, contrairement à une simple convention internationale, le but avoué du Règlement Bruxelles 1 bis est de gommer les différences existantes entre les Etats membres et « *d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciales ainsi que de garantir la reconnaissance et l'exécution rapides et simples des décisions rendues dans un Etat membre* »<sup>214</sup> pour assurer le « *bon fonctionnement du marché intérieur* »<sup>215</sup>. Permettre au juge français non élu de mettre de côté la règle de conflit de systèmes prévue par le Règlement reviendrait à ruiner cette volonté d'unification des règles relatives à la compétence. Toute réticente qu'elle est au mécanisme des lois de police, il y a fort à parier que la Cour de Justice verrait ici une entrave, probablement injustifiée, au principe de libre-circulation<sup>216</sup>.

**55.** Pour les mêmes raisons, il nous semble également impossible que le juge français saisi en violation de la clause écarte la loi étrangère désignée en invoquant son exception d'ordre public, que le Règlement Bruxelles 1 bis ne prévoit pas<sup>217</sup>. L'appréciation du déséquilibre significatif ne pourra donc pas se faire de façon détournée via ce mécanisme.

**56.** Suite à ces observations, essayons de déterminer quand le juge français pourra apprécier le déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for. Si la clause désigne le juge français, il l'appréciera dès lors que la règle de conflit de lois française sur les clauses d'élection de for désigne la loi française. Il nous semble également qu'il pourra l'appliquer lorsque la règle de conflit de lois française désigne la loi étrangère, par le biais du mécanisme des lois de police<sup>218</sup>. En effet, le déséquilibre significatif, en tant que loi de police, ne servirait alors pas à primer la règle de conflit de systèmes prévue par le Règlement Bruxelles 1 bis, mais

---

<sup>214</sup> Règlement Bruxelles 1 bis, Considérant 4.

<sup>215</sup> *Ibid.*, Considérant 3.

<sup>216</sup> Elle a déjà affirmé une telle position à propos de lois de police. V. CJCE 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade et al. c/ Bernard Leloup et al.*, C-369/96 et C-376/96 ; CJCE 15 mars 2001, *André Mazzoleni c/ Inter Surveillance Assistance*, C-165/98.

<sup>217</sup> V. en ce sens, P. Franzina, « The substantive... », *op. cit.*, p. 105, note 32. Comp. L. Gannagé, « Le droit... », *op. cit.*, p. 29 et note 61, qui semble soutenir que le jeu de cette exception est toujours possible dans la mesure où il ne remet pas en cause l'uniformisation des règles de conflit de lois, ayant lieu *après* la désignation de la loi applicable par la règle de conflit unifiée. Toutefois, il nous semble qu'en présence d'une règle de conflit de systèmes, seul l'ordre public international du juge élu a vocation à jouer, pas celui du juge saisi en violation de la clause d'élection de for.

<sup>218</sup> Sous réserve, bien sûr, des mécanismes de médiation des lois de police à l'œuvre en droit communautaire, notamment le principe de double-charge législative prévu par l'arrêt *Arblade* (CJCE 23 novembre 1999, *op. cit.*).

uniquement la règle de conflit de lois prévue par le droit international privé français. Tout juge saisi en vertu de la clause, qu'il soit français ou non, devrait logiquement appliquer cette loi de police en se plaçant du point de vue du juge français, ce qui ne remet pas en cause la cohérence de la règle prévue à l'article 25§1 du Règlement Bruxelles 1 bis visant à unifier la loi applicable à la validité au fond de la clause d'élection de for. Si la clause désigne le juge étranger, le juge français devra désigner la loi applicable à la validité quant au fond de la clause d'élection de for en se plaçant du point de vue du système du juge élu. Il pourra donc apprécier le déséquilibre significatif en vertu du droit français si le droit international privé du juge élu désigne le droit français ou s'il applique la loi française en tant que loi de police étrangère<sup>219</sup>. Il pourra également l'apprécier si la loi désignée par le droit international privé du juge élu prévoit un mécanisme équivalent<sup>220</sup>. Il ne pourra en revanche jamais invoquer le déséquilibre significatif français en tant que loi de police (ou même via l'exception d'ordre public) pour préempter la loi désignée par le droit international privé du juge élu car cela reviendrait à remettre en cause la règle de conflit de systèmes posée par l'article 25§1 du Règlement.

**57.** Soyons honnêtes, s'il s'agit selon nous de l'interprétation logique de l'article 25§1 du Règlement Bruxelles 1 bis, le système qui en résulte est d'une complexité ubuesque<sup>221</sup>. Il n'y a donc quasiment aucune chance que le juge saisi ne le mette en œuvre. En France, il semble d'ailleurs pour le moment que les juges utilisent la règle de conflit de systèmes qu'il érige comme une simple règle de conflit de lois<sup>222</sup>.

**58.** Enfin, tout le système qui vient d'être présenté ne fonctionne que si la clause d'élection de for désigne exclusivement les tribunaux d'un Etat. Le Règlement Bruxelles 1 bis ne permet absolument pas de déterminer la loi applicable à la validité quant au fond de la clause

---

<sup>219</sup> Si une telle solution est théoriquement possible (pour la France, v. com. 16 mars 2010, n°08-21.511), il faut toutefois noter que l'application d'une loi de police étrangère reste une hypothèse d'école. Ainsi, en France, la Cour d'appel de renvoi dans l'arrêt Viol frères a finalement seulement pris en considération la loi de police étrangère pour déclarer le contrat nul pour objet illicite (CA Poitiers, 29 novembre 2011, n°10/03500).

<sup>220</sup> L'appréciation sera alors faite selon l'interprétation qu'en retient le juge de l'Etat dont la loi a été désignée.

<sup>221</sup> Sa première étape, tenant à identifier la règle de conflit applicable à la validité quant au fond de la clause d'élection de for est déjà d'une extraordinaire complexité, en l'absence, souvent, de règle claire à ce sujet. V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence...*, *op. cit.*, n°160 ; L. Usunier, « Le droit applicable... », *op. cit.*, p. 164 ; B. Audit, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for » in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 171, spéc. p. 183-184 (la critique est faite à la Convention de La Haye mais elle est parfaitement transposable à l'article 25§1 du Règlement Bruxelles 1 bis).

<sup>222</sup> V. par exemple, CA Paris 4 juillet 2019, n°19/08038 ; CA Paris 3 juin 2020, n°19/20734. V. cependant, CA Lyon 22 mars 2022, n°21/06907, qui indique que le Règlement Bruxelles 1 bis « règle directement un certain nombre de questions ayant trait à la validité des clauses d'élection de for et renvoie pour le reste au « droit » de l'Etat du juge élu, c'est-à-dire aux lois désignées par les règles de droit international privé en vigueur dans cet Etat », sans aller jusqu'à mettre en œuvre ce mécanisme.

asymétrique ou élisant plusieurs juges<sup>223</sup>. Si plusieurs propositions ont été faites à ce sujet<sup>224</sup>, il nous semble falloir attendre une décision de la Cour de Justice avant de réfléchir à la possibilité d'apprécier le déséquilibre significatif créé par une telle clause.

## §2. En droit conventionnel

**59.** Comme le Règlement Bruxelles 1 bis, la Convention de La Haye règle directement et exclusivement<sup>225</sup> les conditions de licéité<sup>226</sup> et de validité formelle<sup>227</sup> des clauses d'élection de for. Comme lui, elle soumet la validité quant au fond de la clause d'élection de for au droit de l'Etat élu<sup>228</sup>, ce qui inclut ses règles de conflit de lois<sup>229</sup>. Il s'agit donc, là-encore, d'une règle de conflit de systèmes. Toutefois, les deux mécanismes ne sont pas parfaitement identiques. Là où le Règlement Bruxelles 1 bis ne permet pas au juge non-élu de refuser de faire produire ses effets à la clause d'élection de for en vertu d'une de ses lois de police (sauf si le droit international privé de l'état élu le permet), la Convention prévoit expressément une telle hypothèse. Le juge non-élu peut en effet refuser de lui faire produire ses effets si cela « *aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi* »<sup>230</sup>. Si la distinction entre les deux n'est pas parfaitement assurée, il semble que l'injustice manifeste concerne surtout les garanties procédurales permettant un procès équitable<sup>231</sup>. Nous nous concentrerons donc sur la contrariété manifeste à l'ordre public, qui doit s'entendre comme l'ordre public international du juge non-élu<sup>232</sup>. Il est donc envisageable que le juge français contrôle le déséquilibre créé par la clause élisant un juge étranger. Il faut toutefois répondre à trois questions préalables : cette exception d'ordre public ressortit-elle bien à la validité de la clause, le déséquilibre significatif est-il d'ordre public

---

<sup>223</sup> H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence...*, *op. cit.*, n°166, note 176 ; M.-É. Ancel, « Clair-obscur sur les clauses d'élection de for asymétriques », note sous civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264, *Banque & Droit*, 2015, n°163, p. 4, spéc. p. 7 ; J.-B. Racine, « Les clauses d'élection de for asymétriques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ/Iprolex, 2018, p. 1323, spéc. p. 1338 (qui soutient que la règle de conflit de l'article 25§1 ayant été posée en contemplation de clauses « simples » n'élisant qu'un juge, il ne faut rien en attendre pour déterminer la loi applicable à une clause « complexe » comme une clause asymétrique).

<sup>224</sup> V. not. P. Franzina, « The substantive... », *op. cit.*, p. 109-110 ; U. Magnus, « Article 25 »..., *op. cit.*, §81f ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°870, p. 361 note 3 ; M.-É. Ancel, L. Marion, obs. sous civ. 1ère 7 février 2018, n°16-24.497 et civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309, *JDI* 2018/4, comm. 16, p. 1181.

<sup>225</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §110 (pour la forme) ; Convention de La Haye, Art. 5§2 (implicitement, pour la licéité).

<sup>226</sup> Convention de La Haye, Art. 5§1.

<sup>227</sup> *Ibid.*, Art. 3c).

<sup>228</sup> *Ibid.*, Art. 5§1, 6a) et 9a).

<sup>229</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §125.

<sup>230</sup> Convention de La Haye, Art. 6c).

<sup>231</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §152.

<sup>232</sup> *Ibid.*, §153 et note 192.

international et l'existence d'un déséquilibre significatif constitue-t-il bien une contrariété manifeste à cet ordre public international ?

**60.** Pour justifier l'impossibilité d'analyser le déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for, il pourrait nous être opposé que l'exception d'ordre public prévue à l'article 6c) de la Convention de La Haye ne permet pas de contrôler la validité, mais uniquement la licéité de la clause d'élection de for. En somme, le juge non-élu pourrait ainsi créer une limite supplémentaire à son admissibilité, si elle contrevient à son ordre public international, mais ne pourrait contrôler le déséquilibre créé par elle, car il s'agit là de la validité de la clause. Une telle analyse nous paraît contestable. Si on l'admettait, cela signifierait que le juge élu ne pourrait pas déclarer une clause d'élection de for illicite car contraire à son ordre public international<sup>233</sup>, tandis que la licéité de la clause serait bien soumise à l'ordre public international du juge non-élu. Une telle licéité à géométrie variable n'aurait guère de sens puisque l'objet de la Convention est justement d'unifier le régime – y compris les questions de licéité – des clauses d'élection de for. Admettre que cette exception d'ordre public permette un contrôle du juge non-élu sur la validité de la clause aboutit à une solution plus cohérente : le juge élu peut déclarer la clause d'élection de for invalide car contraire à son ordre public international (car c'est de son point de vue que l'on se place pour apprécier la validité de la clause), le juge non-élu le pourra également (car la Convention le lui permet). Les deux juges – élu et non-élu – disposent ainsi d'un recours à leur ordre public pour contester la validité de la clause, explicite pour le juge non-élu, implicite pour le juge élu<sup>234</sup>. Cette symétrie dans le contrôle de la validité de la clause nous paraît bien plus respecter l'esprit de la Convention qui vise l'uniformité que l'asymétrie qui en résulterait si l'exception d'ordre public ne pouvait servir de limite qu'à la licéité de la clause d'élection de for<sup>235</sup>. Dès lors, un contrôle du déséquilibre significatif causé par la clause est envisageable par le juge non-élu via l'exception d'ordre public.

**61.** Pour permettre le contrôle du déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for, il faut de plus que ce mécanisme de contrôle soit d'ordre public international. Peu importe en revanche qu'il soit mis en œuvre via une loi de police ou l'exception d'ordre public

---

<sup>233</sup> L'article 5 de la Convention de La Haye ne prévoit en effet pas de telle limite.

<sup>234</sup> V. aussi en ce sens, T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §147, qui indique que l'exception d'ordre public était nécessaire car « le tribunal saisi mais non élu ne sera normalement pas en mesure d'appliquer son propre droit pour déterminer la validité de l'accord d'élection de for » (nous soulignons).

<sup>235</sup> V. aussi, indiquant que l'exception d'ordre public permet bien d'évincer la loi normalement applicable à la validité de la clause, S. Vrellis, « The Validity of Choice of Court Agreements under the Hague Convention of 2005 », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess/Eleven International Publishing, 2010, p. 763, spéc. p. 774-775.

puisque le respect de la loi de police peut être assuré via l'exception d'ordre public<sup>236</sup>. Il nous semble bien que les différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif sont des dispositions internationalement impératives. Commençons par l'évidence : le dispositif du droit de la consommation. L'article L. 212-1 du Code de la consommation stigmatise, « [d]ans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, [...] les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Si on ne peut pas déduire de la seule lecture de ce texte son caractère de loi de police, il apparaît si l'on se réfère à l'article L. 232-1 du même Code : « Nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne en application de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre ». En bref, dès que le contrat présente un lien étroit<sup>237</sup> avec le territoire d'un Etat membre, le juge français est obligé de contrôler le déséquilibre significatif pouvant exister au sein du contrat, peu important la loi applicable au contrat. En déterminant ainsi le champ d'application spatial du mécanisme, le législateur français (sous l'influence du législateur communautaire) manifeste la valeur de loi de police<sup>238</sup> du mécanisme consumériste de lutte contre le déséquilibre significatif. Ensuite, le dispositif de lutte contre le déséquilibre significatif du Code de commerce est également une loi de police. Une autrice, s'appuyant sur le recul qu'a semblé connaître pendant un temps l'article L. 442-6 (ancien) du Code de commerce, a conclu qu'il ne s'agissait probablement pas d'une loi de police<sup>239</sup>. Toutefois, la Cour de cassation a récemment expressément qualifié l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) stigmatisant le déséquilibre significatif de loi de police<sup>240</sup>. Le dispositif ayant encore été renforcé en 2019<sup>241</sup>, sa qualification de loi de police ne fait donc aucun doute. Quid du dispositif de droit commun introduit dans le Code civil à l'occasion de la réforme du droit des

---

<sup>236</sup> P. Francescakis voyait les lois de police comme permettant une « économie de raisonnement » (B. Audit, L. d'Avout, *Droit...*, *op. cit.*, n°186). A ce sujet, v. *supra*, n°32.

<sup>237</sup> V. C. conso., Art. L. 231-1 pour quatre situations non exhaustives où ce lien est réputé établi. Il ne s'agit ici que de la formulation d'une des conditions d'application des lois de police : l'existence d'un lien de rattachement entre le litige et la loi de police au regard de l'objectif poursuivi par cette dernière. A ce sujet, v. not. B. Audit, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25.

<sup>238</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit...*, *op. cit.*, n°170.

<sup>239</sup> M. Behar-Touchais, « Impérativité internationale et droit des pratiques restrictives de concurrence », in S. Lemaire, L. Perreau-Saussine (dir.), *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 97, spéc. p. 118.

<sup>240</sup> Com. 8 juillet 2020, *op. cit.*

<sup>241</sup> V. C. com., Art. L. 442-1, I, 2° (nouveau). A ce sujet, v. *infra*, n°74.

contrats ? Les avis étant partagés<sup>242</sup>, revenons à la définition traditionnelle des lois de police : il s'agit des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »<sup>243</sup>. Le Règlement Rome I l'a largement reprise : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »<sup>244</sup>. La mention d'intérêts publics est sans incidence sur le contenu de la notion, puisque la protection de certains intérêts catégoriels peut manifester les intérêts publics d'un Etat<sup>245</sup>. La lutte contre le déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion prévue par l'article 1171 du Code civil est-il crucial pour la sauvegarde des intérêts publics de la France, notamment son organisation économique et sociale ? Dans l'arrêt *Expedia*, la Cour de cassation avait notamment déduit la qualification de loi de police de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce car il a été jugé « crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et [...] s'avère [...] donc indispensable[...] pour l'organisation économique et sociale de la France »<sup>246</sup>. Il s'agit ici au moins autant de préoccupations de droit des contrats que de droit de la concurrence, pouvant parfaitement être transposées au nouvel article 1171 du Code civil<sup>247</sup> et pesant en faveur de l'existence d'une loi de police. En revanche, dans l'arrêt *Expedia*, la Cour de cassation avait également relevé le régime spécifique de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, notamment la possibilité de sanctions civiles et d'intervention du ministre de l'Economie, comme indices de l'existence d'une loi de police<sup>248</sup>. Un tel régime n'existe pas pour l'article 1171 : le seul réputé non écrit,

---

<sup>242</sup> En faveur de la qualification de loi de police, v. B. Fauvarque-Cosson, « Le nouveau droit français des contrats dans la sphère internationale », in B. Fauvarque-Cosson, G. Wicker (dir.), *La réforme du droit français des contrats*, Société de législation comparée, 2019, p. 189, spéc. p. 195 ; A. Reygrobellet, « Le déséquilibre significatif », *BJS*, 2016. 534, n°8 ; Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI* 2018/2, var. 2, n°30. En défaveur d'une telle qualification, v. S. Bollée, C. Pérès, « Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre », *Rev. arb.* 2017/1. 93, n°24 ; L. Usunier, « Réforme du droit commun des contrats et détermination de la loi applicable aux contrats de distribution », *RLDA* 2016 n°117, suppl. juillet/août 2016, p. 13, n°9. Pour les indécis, v. not. L. Abadie, « Clause abusive et banque en ligne », *RD bancaire et fin.*, mai 2016, dossier 20, n°10 ; H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247, spéc. note 32 ; F. Ancel, « La chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris », *RDA*, n°18, mai 2019, p. 14, spéc. p. 15.

<sup>243</sup> P. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. DIP 1966-1969*, p. 149, spéc. p. 165.

<sup>244</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Art. 9§1.

<sup>245</sup> CJUE 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, §50 ; en France, v. par exemple com. 8 juillet 2020, *op. cit.*

<sup>246</sup> Com. 8 juillet 2020, *op. cit.*

<sup>247</sup> V. en ce sens, D. Bureau, « L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? », note sous com. 8 juillet 2020, n°17-31.536, *Rev. crit. DIP* 2020. 839, n°4. Comp. S. Bollée, C. Pérès, « Le caractère... », *op. cit.*, n°24.

<sup>248</sup> Com. 8 juillet 2020, *op. cit.*

s'il permet d'identifier l'impérativité en droit interne du dispositif<sup>249</sup>, ne suffit à notre sens pas à le rendre internationalement impératif. Comment trancher alors ? Il a été opposé que le droit commun des contrats ne reflèterait que la « *conception élémentaire que cet Etat se fait de la justice contractuelle* », contrairement à des dispositions de droit spécial, ce qui empêcherait sa qualification de loi de police<sup>250</sup>. Toutefois, puisque le dispositif est réservé aux contrats d'adhésion<sup>251</sup>, il s'agit plus d'un dispositif de droit spécial au sein du droit commun des contrats que d'une véritable règle de droit commun applicable dans tous les contrats, qu'ils soient de gré à gré ou d'adhésion. En définitive, il nous semble bien que la réforme du droit des contrats porte à certains égards une « *politique de protection des plus faibles* »<sup>252</sup>, qui se manifeste, entre autres<sup>253</sup>, par le contrôle du déséquilibre significatif au sein des contrats d'adhésion. Notamment, l'article 1171 vise à empêcher « *un abus de la liberté de déterminer unilatéralement le contrat* »<sup>254</sup>. Cette recherche d'un « *équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté* »<sup>255</sup>, serait à notre sens bien mise à mal si le seul caractère international de la situation permettait à la partie imposant les clauses du contrat à son cocontractant de rajouter une clause de choix de loi pour échapper au contrôle du déséquilibre significatif<sup>256</sup>. Dès lors, et en l'attente d'une décision de la Cour de cassation à ce sujet, il nous semble bien que l'article 1171 du Code civil constitue également une loi de police.

**62.** Dès lors, puisque les trois dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif sont constitutifs de lois de police, il est envisageable de contrôler ce déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for via l'exception d'ordre public international prévue à l'article

---

<sup>249</sup> V. en ce sens, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 171, spéc. p. 178 ; J.-M. Delpérier, G. Durand-Pasquier, « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) », *JCP N* 2015. 1209, n°14 ; E. Mouial Bassilana, « Abus de dépendance et clauses abusives », in M. Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 53, n°27. Cela semble en tout cas être la position du législateur, v. F. Pillet, *Rapport n°22 sur le Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017, p. 21.

<sup>250</sup> L. Usunier, « Réforme... », *op. cit.*, n°9.

<sup>251</sup> C. civ., Art. 1171.

<sup>252</sup> T. Revet, « Une philosophie... », *op. cit.*, n°5. Cette politique n'est d'ailleurs pas nouvelle, y compris en droit commun. Avant la réforme, les juges français protégeaient déjà les plus faibles des abus résultant de l'inégalité entre les parties au contrat, via le concept de cause (on pense ici notamment à la saga Chronopost/Faurecia). A ce sujet, v. not. D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La protection des professionnels contre les clauses abusives*, Economica, 1998, p. 33.

<sup>253</sup> Citons également, pêle-mêle, l'abus de dépendance (Art. 1143), la règle d'interprétation du contrat d'adhésion (Art. 1190) ou la révision pour imprévision (Art. 1195).

<sup>254</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021, n°671.

<sup>255</sup> Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République sur l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016, p. 9.

<sup>256</sup> Alors pourtant qu'un tel déséquilibre peut parfaitement se manifester dans le cadre de relations privées internationales.

6c) de la Convention de La Haye. Une dernière difficulté se manifeste toutefois. Le juge non-élu ne peut refuser de donner effet à la clause d'élection de for que si elle est « *manifestement* » contraire à son ordre public<sup>257</sup>. L'analyse approfondie de la relation contractuelle indispensable à la caractérisation d'un déséquilibre significatif ne serait-elle pas en contradiction avec cette exigence de contrariété manifeste à son ordre public ? Il nous faut ici faire un nouveau parallèle avec la clause compromissoire. Selon l'effet négatif du principe de compétence-compétence, le juge français saisi en violation de la clause compromissoire ne peut la déclarer invalide que si elle est « *manifestement nulle ou inapplicable* »<sup>258</sup>. L'usage de l'adverbe *manifestement* a traditionnellement été interprété comme empêchant le juge saisi en violation de la clause compromissoire d'apprécier son caractère abusif<sup>259</sup>. Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a considéré que cette appréciation ne violait pas le principe de compétence-compétence<sup>260</sup>. L'analyse du caractère abusif d'une clause compromissoire est donc compatible avec l'effet négatif du principe de compétence-compétence selon la Cour de cassation, et notamment son exigence de nullité « manifeste ». Il nous semble dès lors qu'une telle analyse est également possible pour une clause d'élection de for par le prisme de l'exception d'ordre public en application de l'article 6c) de la Convention de La Haye, d'autant plus que l'utilisation du terme « manifeste » semble plus avoir été pensée comme exigeant une contrariété particulièrement forte à l'ordre public de l'état du juge non-élu qu'une contrariété manifeste au sens strict<sup>261</sup>.

**63.** En résumé, le juge français élu pourra toujours apprécier le déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for, soit car son droit international privé désigne le droit français, soit via le mécanisme des lois de police (on se place du point de vue du système français pour apprécier la validité de la clause). Même si le juge élu est étranger et que le juge français est saisi en violation de la clause, il pourra toujours l'apprécier car les mécanismes consacrant le déséquilibre significatif sont d'ordre public international. Il n'est pas besoin de se poser la question de la loi applicable aux clauses asymétriques car la Convention ne leur est pas applicable<sup>262</sup>.

---

<sup>257</sup> Convention de La Haye, Art. 6c).

<sup>258</sup> C. proc. civ., Art. 1506, 1<sup>o</sup>, renvoyant à l'Art. 1448, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>259</sup> A ce sujet, v. not. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013, n°239 s.

<sup>260</sup> Civ. 1ère 30 septembre 2020, *op. cit.*

<sup>261</sup> T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §153.

<sup>262</sup> Convention de La Haye, Art. 1§1 ; T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport...*, *op. cit.*, §105-106.

### §3. En droit commun

**64.** Les droits communautaire et conventionnel étant examinés, reste le droit international privé commun. En matière de loi applicable à la validité des clauses attributives de juridiction, on ne peut que constater l'absence d'une règle claire posée par la jurisprudence<sup>263</sup>. Nous étudierons donc les différentes solutions envisagées pour déterminer si l'appréciation du déséquilibre significatif est possible.

**65.** Dans un arrêt, la Cour de cassation a expressément consacré la distinction entre la licéité et la validité de la clause d'élection de for<sup>264</sup>. Elle y a explicité que sa licéité devait être régie par la loi française, en tant que loi du for, mais qu'au contraire elle n'avait pas « *vocation nécessaire ou exclusive à en régir la validité, en la forme ou au fond* »<sup>265</sup>. Malgré une formule peu claire, il nous semble qu'elle pose la règle de conflit de lois suivante pour sa validité : la validité formelle est régie par la loi du lieu de conclusion du contrat (selon la classique règle *locus regit actum*) et la validité au fond est régie par la loi applicable au contrat (qui peut avoir été désignée par les parties en application du principe d'autonomie)<sup>266</sup>. Dans cette hypothèse, le juge français saisi n'aurait aucun mal à contrôler le déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for : si le contrat est régi par la loi française, il pourra le faire en passant simplement par la règle de conflit de lois ; si le contrat est régi par une loi étrangère, il appliquera les instruments de lutte contre le déséquilibre significatif en tant que loi de police. La solution vaudra également en présence d'une clause asymétrique.

**66.** Certains auteurs ont pu remarquer le développement de règles matérielles fixant directement le régime de la validité des clauses attributives de juridiction, sans référence à aucune loi étatique<sup>267</sup>. Toutefois, ainsi que nous l'avons exprimé plus haut, puisqu'en matière de clauses compromissaires, de telles règles matérielles restent soumises à l'ordre public international du juge français<sup>268</sup>, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même en matière de clauses d'élection de for. Dès lors, l'analyse du déséquilibre significatif créé par la clause

---

<sup>263</sup> Elle a semblé poser une règle de conflit permettant de déterminer la loi applicable à la validité de la clause (civ. 1ère 3 décembre 1991, *op. cit.*) mais a parfois déterminé le consentement à la clause sans référence à aucune loi étatique (v. par exemple, civ. 1ère 16 février 1999, *op. cit.*).

<sup>264</sup> Civ. 1ère 3 décembre 1991, *op. cit.*

<sup>265</sup> *Ibid.*

<sup>266</sup> Dans le même sens, v. par exemple H. Gaudemet-Tallon, « De la loi applicable à la validité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance », note sous civ. 1ère 3 décembre 1991, n°90-10.078, *Rev. crit. DIP* 1992. 340 ; B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-11 ; Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit...*, *op. cit.*, n°715.

<sup>267</sup> V. *supra*, n°47.

<sup>268</sup> Civ. 1ère 20 décembre 1993, *op. cit.*

d'élection de for serait possible, même en cas de règles matérielles réglant les questions de validité inhérentes à ces clauses, car il s'agit là de dispositions internationalement impératives.

67. Enfin, l'analyse de ce déséquilibre significatif serait également possible si le Projet de Code de droit international privé venait à être adopté. En effet, il prévoit que « [l]a validité de la clause attributive de juridiction sur les questions non réglées par les articles 25 à 29 s'apprécie au regard du droit français, à l'exception de l'article 48 du code de procédure civile »<sup>269</sup>. La règle de conflit ici posée reprend une position doctrinale<sup>270</sup>, certes minoritaire, mais qui a le mérite de la simplicité : la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for est celle du juge saisi. Dès lors, le juge français, qu'il soit saisi en application ou en violation de la clause, pourra apprécier directement le déséquilibre significatif créé par la clause d'élection de for, peu important la loi applicable au contrat principal<sup>271</sup>.

68. En résumé, dans chacun des trois systèmes envisageables en droit international privé commun, l'analyse du déséquilibre créé par la clause d'élection de for est possible, y compris si elle est asymétrique.

Il nous faut désormais nous tourner vers l'analyse concrète de ce déséquilibre.

---

<sup>269</sup> PCDIP, Art. 32.

<sup>270</sup> D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2015. 787. V. déjà, N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions...*, *op. cit.*, n°77 s., qui indique que la loi du juge saisi peut légitimement régir tous les aspects de la clause d'élection de for.

<sup>271</sup> Ainsi, les mentions du « déséquilibre significatif » (Art. 29, dans l'hypothèse où une loi de police serait applicable au fond du litige) ou de « l'exploitation abusive d'un déséquilibre économique » (Art. 26, dans le cas d'une clause asymétrique) comme limites à l'efficacité des clauses d'élection de for dans des hypothèses spécifiques nous semblent superflues car déjà prévues par le droit français applicable à la validité de la clause.

## **PARTIE 2 – L’ANALYSE DU DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR LA CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNE**

**69.** Le premier système général de lutte contre les clauses abusives en droit français date de la loi dite « Scrivener » du 10 janvier 1978<sup>272</sup>. Il permettait à un juge de réputer non écrites les clauses imposant aux non-professionnels et consommateurs des conditions « *par un abus de la puissance économique de l’autre partie et confér[ant] à cette dernière un avantage excessif* »<sup>273</sup>. Toutefois, seules les clauses ayant fait l’objet d’une interdiction, limitation ou réglementation par décret en Conseil d’Etat, prise après avis de la commission des clauses abusives pouvaient être sanctionnées ainsi<sup>274</sup>. Suite à un arrêt qualifié de « *coup d’Etat* »<sup>275</sup> judiciaire, le juge s’est octroyé le droit de déclarer abusive la clause répondant aux conditions de la loi, même en l’absence d’un décret d’application<sup>276</sup>. Vint ensuite la fameuse directive du 5 avril 1993<sup>277</sup>, transposée par une loi du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>278</sup>, consacrant cette possibilité de contrôle par le juge d’une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations du consommateur et du professionnel, même en l’absence d’un décret en Conseil d’Etat<sup>279</sup>. La lutte contre les clauses abusives s’est ensuite étendue à d’autres domaines. Ainsi, le déséquilibre significatif a fait son entrée dans le Code de commerce<sup>280</sup> par une loi du 4 août 2008<sup>281</sup>. Et la réforme du droit des contrats de 2016<sup>282</sup> l’a également introduit au sein du Code civil<sup>283</sup>. Coexistent donc désormais trois mécanismes de sanction du déséquilibre significatif en droit positif français : un au sein du Code civil, un au sein du Code de commerce et un au sein du Code de la consommation. Il nous semble que, malgré leurs apparentes différences, il existe

---

<sup>272</sup> Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services.

<sup>273</sup> *Ibid.*, Art. 35.

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> J. Carbone, *Droit civil : Tome 4 – Les obligations*, 22<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000, n°81.

<sup>276</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 14 mai 1991, n°89-20.999.

<sup>277</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

<sup>278</sup> Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d’ordre économique et commercial.

<sup>279</sup> Ce dispositif a d’abord été codifié à l’article L. 132-1 du Code de la consommation, il se situe aujourd’hui à l’article L. 212-1.

<sup>280</sup> C. com., Art. L. 442-6, I, 2° (ancien), L. 442-1, I, 2° (nouveau).

<sup>281</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie.

<sup>282</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>283</sup> C. civ., Art. 1171.

entre eux une cohérence (Chapitre 1) justifiant une méthode d'appréciation unique du déséquilibre significatif créé par les clauses d'élection de for (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 – La cohérence des différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif**

**70.** Le Code civil, le Code de commerce et le Code de la consommation contiennent tous les trois un mécanisme permettant d'analyser et de sanctionner le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Mais une telle coexistence n'est pas sans conséquences et soulève de nombreuses questions. D'abord, il nous faudra déterminer quand chacun de ces dispositifs est applicable et quand il ne l'est pas (Section 1). Ensuite, il nous faudra déterminer si ces trois dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif appréhendent bien une situation similaire, pour savoir s'il est possible ou non de développer une méthode unique d'analyse de celui-ci (Section 2).

### Section 1 – L'articulation des dispositifs existants

**71.** En raison de la pluralité des mécanismes stigmatisant le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, il nous faudra tout d'abord déterminer le champ d'application de chacun d'entre eux (§1). Ensuite, il nous faudra déterminer s'il est possible de choisir entre eux ou de les cumuler (§2).

#### *§1. Les champs d'application des différents dispositifs*

**72.** Le droit positif français connaissant trois mécanismes de lutte contre le déséquilibre significatif, il nous faudra d'abord déterminer le champ d'application de chacun de ceux-ci avant d'examiner dans quelle mesure ils se recoupent.

**73.** Commençons par le premier dispositif chronologiquement : celui du droit de la consommation. Il se présente comme suit : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au*

contrat ». <sup>284</sup> Il est également applicable « *aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels* » <sup>285</sup>. Les conditions d'application du déséquilibre significatif du droit de la consommation sont donc des conditions personnelles : elles tiennent à la qualité des parties au contrat. Il nous faut alors nous diriger vers les définitions de consommateur, de non-professionnel et de professionnel. Elles étaient initialement jurisprudentielles, avant que la réforme du Code de la consommation <sup>286</sup> ne vienne les inscrire dans un article liminaire du Code refondu. Ainsi, un consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* » <sup>287</sup>. Le droit communautaire ne prévoit que la protection des consommateurs personnes physiques contre les clauses abusives : la Cour de Justice l'a expressément affirmé dans un arrêt du 22 novembre 2001 <sup>288</sup>. Le législateur français, au contraire, protège également les personnes morales lorsqu'elles sont placées dans une situation analogue à celle d'un consommateur, qu'elles « *n'agi[ssent] pas à des fins professionnelles* » <sup>289</sup>. En revanche, « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* » est un professionnel <sup>290</sup>. La notion est généralement interprétée très largement, afin d'englober tous les « *contrats qui ont un rapport direct avec leur activité professionnelle* » <sup>291</sup>, restreignant par là-même la protection offerte par le droit de la consommation <sup>292</sup>. Ainsi, un contrat de fourniture d'électricité conclu par une société d'héliogravure et EDF a par exemple pu être considéré comme ayant un « rapport direct » avec son activité professionnelle <sup>293</sup>. Il semble toutefois qu'un courant récent dans la jurisprudence de la Cour de la cassation tend à restreindre la qualification de professionnel, au profit de celle de consommateur ou de non-professionnel, dès lors que « *sa profession n'a aucun rapport avec celle de son fournisseur* » <sup>294</sup>. Ainsi, une société civile immobilière a été considérée comme un professionnel de l'immobilier, mais pas comme un professionnel de la construction <sup>295</sup>, solution

---

<sup>284</sup> C. conso, Art. L. 212-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>285</sup> *Ibid.*, Art. L. 212-2.

<sup>286</sup> Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

<sup>287</sup> C. conso., Art. liminaire, 1°.

<sup>288</sup> CJCE 22 novembre 2001, *Cape c/ Idealservice et Idealservice c/ OMAI*, C-541/99 et C-542/99, §17.

<sup>289</sup> C. Conso., Art. liminaire, 2°.

<sup>290</sup> *Ibid.*, Art. liminaire, 3°.

<sup>291</sup> com. 16 février 2016, n°14-25.146.

<sup>292</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021, n°653.

<sup>293</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 24 janvier 1995, n°92-18.227.

<sup>294</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit...*, *op. cit.*, n°653.

<sup>295</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 4 février 2016, n°14-29.347.

par la suite réaffirmée<sup>296</sup>. Toutefois, l'introduction de la lutte contre les clauses abusives en droit commun a conduit certains auteurs à espérer un reflux de cette dernière tendance, pour revenir au seul critère du rapport direct avec l'activité professionnelle<sup>297</sup>.

**74.** Etudions ensuite le dispositif du Code de commerce. Et pour saisir à quel point le champ d'application du texte est large, il faut le comparer avec sa version antérieure à sa réforme en 2019<sup>298</sup>. Avant cette réforme, il se présentait comme suit : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] [d]e soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>299</sup>. Il se présente désormais différemment : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services [...] [d]e soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »<sup>300</sup>. De bien mineures modifications pourrait-on affirmer à première vue. Il n'en est rien. Disparaît d'abord la notion de « partenaire commercial ». Cette notion, interprétée strictement par la jurisprudence, nécessite la « *volonté commune et réciproque [des parties] d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services* »<sup>301</sup>. Ainsi, une seule « *opération ponctuelle* » ne constitue pas un partenariat commercial<sup>302</sup>, il est nécessaire qu'existe « *une continuité dans la relation d'affaires* »<sup>303</sup>. Ne constituent par exemple pas un partenariat commercial un contrat de fourniture d'électricité<sup>304</sup> ou un contrat d'assurance<sup>305</sup>. Le

---

<sup>296</sup> Civ. 3ème 7 novembre 2019, n°18-23.259.

<sup>297</sup> F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2018, n°123.382 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2020, n°45. Il n'est d'ailleurs pas certain que cette solution puisse perdurer lorsque sera applicable au litige le nouvel article liminaire du Code de la consommation (en ce sens, v. not. H. Aubry, « Panorama de droit de la consommation : janvier 2019-décembre 2019 », *D.* 2020. 624, spéc. p. 626).

<sup>298</sup> Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

<sup>299</sup> C. com., Art. L. 442-6, I, 2° (ancien).

<sup>300</sup> C. com., Art. L. 442-1, I, 2° (nouveau).

<sup>301</sup> CA Paris 21 septembre 2016, n°14/06802.

<sup>302</sup> CA Limoges 5 avril 2016, n°15/00002.

<sup>303</sup> CA Lyon 17 juin 2014, n°14/07438.

<sup>304</sup> CA Paris 18 mai 2017, n°15/07775.

<sup>305</sup> CA Paris 29 juin 2016, n°14/03922.

but avoué<sup>306</sup> de la réforme est notamment de renverser cette interprétation restrictive de la notion, ce qui explique son remplacement par « *l'autre partie* » dans l'article L. 442-1 (nouveau). La Cour de cassation, qui jusque ici s'était bien gardée de définir la notion, a entendu le message et a finalement formulé une définition très large du partenariat commercial<sup>307</sup>, appliquant ainsi par anticipation l'extension du champ d'application du déséquilibre significatif du Code de commerce<sup>308</sup>. Un deuxième changement majeur tient au remplacement de « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » par « *toute personne exerçant des activités de production de distribution ou de services* ». Cela devrait permettre d'inclure dans le champ d'application du texte les professions libérales, jusqu'ici considérées comme en étant exclues<sup>309</sup>. En revanche, la Cour de cassation ayant retenu que le bail commercial ne constituait pas une activité de production, de distribution ou de services, il ne rentrera toujours pas dans le champ d'application de ce nouveau texte<sup>310</sup>.

**75.** Quid du dispositif du Code civil ? La lutte contre les clauses abusives s'y fait comme suit : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* »<sup>311</sup>. Contrairement à ses homologues du Code de commerce et du Code de la consommation, le champ d'application du dispositif civiliste n'est pas lié à des conditions personnelles, mais à des conditions matérielles : le contrôle du déséquilibre significatif se fait au sein des contrats d'adhésion. La définition de ce champ d'application a été l'une des plus épineuses questions de la réforme du droit des contrats<sup>312</sup>, et la définition du contrat d'adhésion retenue après la loi de ratification est finalement la suivante : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* »<sup>313</sup>. Elle est loin d'être satisfaisante. Qu'est-ce qu'un « ensemble de clauses non négociables » ? Plus d'une clause, c'est évident. Deux clauses ? Peut-être, mais

---

<sup>306</sup> Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*, 2019, p. 7.

<sup>307</sup> Com. 15 janvier 2020, n°18-10.512 : « *le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale* ».

<sup>308</sup> En ce sens, v. not. J. Vogel, L. Vogel, *Le déséquilibre significatif*, 3<sup>ème</sup> édition, Bruylant, 2020, p. 22.

<sup>309</sup> M. Behar-Touchais, « Le nouveau déséquilibre significatif », *RDC* 2019/4. 37 ; Comp. F. Pillet, *Rapport...*, *op. cit.*, p. 61, sur l'exclusion des professions libérales du champ d'application du dispositif du Code de commerce avant la réforme des pratiques restrictives de concurrence.

<sup>310</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 15 février 2018, n°17-11.329.

<sup>311</sup> C. civ., Art. 1171, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>312</sup> A ce sujet, v. *infra*, n°84 s.

<sup>313</sup> C. civ., Art. 1110, al. 2.

cela élargirait la notion de contrat d'adhésion<sup>314</sup>. En l'attente de jurisprudence à ce sujet, les propositions des auteurs sont diverses pour identifier cet ensemble de clauses. Certains optent pour un critère quantitatif<sup>315</sup> : il faudrait un « *bloc de clauses pré-rédigées et intangibles* »<sup>316</sup>, voire « *l'essentiel des stipulations* »<sup>317</sup>. D'autres préféreraient une approche qualitative<sup>318</sup>, en se fondant plus sur le caractère essentiel des clauses. La deuxième condition tient au caractère « négociable » de l'ensemble de clauses. La formulation est claire, « *il ne suffira donc pas d'apporter la preuve que les clauses du contrat n'ont pas été négociées ; il faudra encore convaincre le juge qu'elles ne pouvaient l'être* »<sup>319</sup>, mais beaucoup ont déjà relevé la difficulté probatoire y afférente<sup>320</sup>, voire les risques de mise en scène de la négociabilité<sup>321</sup>. Enfin, cet ensemble de clauses doit avoir été « *déterminé[] à l'avance par l'une des parties* ». Ainsi que cela a été relevé, « *[l]a détermination n'est pas la rédaction* »<sup>322</sup>. Dès lors, si un modèle de contrat a été mis à la disposition d'une des parties, adopté par celle-ci et imposé à l'autre, il pourra s'agir d'un contrat d'adhésion, y compris si l'acte est notarié<sup>323</sup>. On ne peut toutefois que regretter l'imprécision qui semble gouverner cette définition, faute de mieux, du contrat d'adhésion<sup>324</sup>.

**76.** Toutefois, il est certain que les champs d'application des différents mécanismes de lutte contre les déséquilibres significatifs se chevauchent. Puisque le mécanisme du Code civil est restreint aux contrats d'adhésion, il peut théoriquement s'appliquer aux contrats de consommation ainsi qu'aux contrats conclus entre une personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services et son cocontractant, s'ils sont d'adhésion<sup>325</sup>. S'ils

---

<sup>314</sup> Le contrôle du déséquilibre significatif resterait possible uniquement pour les clauses non négociables (Art. 1171, al. 1<sup>er</sup>), mais cela permettrait à la partie adhérente de bénéficier de la règle d'interprétation de l'article 1190 du Code civil.

<sup>315</sup> V. par exemple, N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* hors-série juin 2018. 20, n°16 ; L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018. 262, n°6.

<sup>316</sup> F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.364.

<sup>317</sup> A. Sériaux, *Manuel...*, *op. cit.*, n°45.

<sup>318</sup> P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2021, n°378.

<sup>319</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2019, n°470. V. aussi O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2018, p. 349-350.

<sup>320</sup> P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°379 s. Il faut d'ailleurs noter que l'article 1110 ne détermine pas sur qui pèse la charge de la preuve de la négociabilité.

<sup>321</sup> T. Genicon, S. Harel, S. Larrière, « Première table ronde », in R. Mortier (dir.), *Les incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaire*, Dalloz, 2017, p. 41, spéc. p. 52 et 57.

<sup>322</sup> P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°382. V. également, T. Guillebon, « Contrat d'adhésion – L'application du dispositif du Code civil aux contrats du commerce électronique », *JCP E* 2017. 1454, n°8.

<sup>323</sup> P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°382. Comp. F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.364 ; N. Blanc, « Contrat d'adhésion... », *op. cit.*, n°18.

<sup>324</sup> Sur l'impossibilité de définir le contrat d'adhésion, v. D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276, spéc. p. 282-283.

<sup>325</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°856 s.

sont de gré à gré<sup>326</sup>, il n'y a alors pas de chevauchement avec le dispositif civiliste. Il nous faut maintenant déterminer comment se résout ce concours.

## §2. *L'inexistence d'un droit d'option ou de cumul entre les différents dispositifs*

**77.** Que se passe-t-il en présence d'un contrat d'adhésion de consommation ou relevant de l'article L. 442-1 du Code de commerce ? La partie souhaitant invoquer le déséquilibre significatif dispose-t-elle d'un droit d'option, voire peut-elle cumuler le dispositif du Code de la consommation ou du Code de commerce avec celui du Code civil ? La question a été très largement débattue depuis l'entrée en vigueur de la réforme, sans que l'on ne semble arriver à un véritable consensus. L'analyse se fera au moyen de l'adage *specialia generalibus derogant*, le spécial déroge au général. Il a été consacré de façon bien laconique par la réforme du droit des contrats : « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de [...] règles particulières* »<sup>327</sup>. Ce principe a généralement été considéré comme nécessitant plusieurs conditions pour que la règle dite générale soit évincée par la règle spéciale<sup>328</sup>. Il est d'abord nécessaire de vérifier que l'objet des règles en cause est le même. Il faut ensuite s'assurer que les domaines d'application des deux dispositifs se recoupent<sup>329</sup>. Il faut enfin déterminer s'il existe une antinomie entre ces normes, c'est-à-dire si elles aboutissent à des solutions incompatibles.

**78.** Commençons par l'articulation entre l'article L. 212-1 du Code de la consommation et l'article 1171 du Code civil. Examinons l'objet de ces règles. Selon une autrice, l'article 1171 du Code civil « *entend protéger l'intérêt privé du contractant directement victime du déséquilibre significatif* »<sup>330</sup>. En revanche, l'article L. 212-1 du Code de la consommation répondrait « *à de fortes considérations d'intérêt général* » dans la mesure où il s'agit de « *protéger préventivement et collectivement les consommateurs* »<sup>331</sup>. Dès lors, en l'absence d'un objet commun, la partie faible pourrait agir, au choix, sur celle de ces dispositions qu'elle préfère<sup>332</sup>. Il nous semble toutefois qu'il s'agisse là d'une confusion entre *l'objet* et *l'objectif*

---

<sup>326</sup> Nous démontrerons que ce chevauchement est toutefois théorique, les contrats soumis au contrôle du déséquilibre significatif étant des contrats où la négociation est impossible. V. *infra*, n°84 s.

<sup>327</sup> C. civ., Art. 1105, al. 3.

<sup>328</sup> C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n°383 s.

<sup>329</sup> Cette condition ne sera pas étudiée ici puisqu'elle vient de l'être. V. *supra*, n°72 s.

<sup>330</sup> D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016/2. 358, n°21.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> *Ibid.*, n°53 s.

de ces règles<sup>333</sup>. Si l'objectif de ces règles peut potentiellement résider en la protection d'un intérêt privé ou de l'intérêt général<sup>334</sup>, il nous semble que leur objet est bien plus facile à déterminer : apprécier l'existence et sanctionner la présence d'une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>335</sup>. Dès lors, les deux dispositifs ont bien le même objet, et leurs champ d'application peuvent se recouper en présence d'un contrat de consommation d'adhésion. Existe-t-il toutefois une antinomie entre ces textes ? Certains auteurs semblent considérer que non<sup>336</sup>, en mettant notamment en avant l'identité de la sanction (le réputé non-écrit)<sup>337</sup> et l'impossibilité d'apprécier le déséquilibre créé par l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation<sup>338</sup>. Il nous semble toutefois qu'il existe une antinomie entre ces textes<sup>339</sup>, en raison des différences de régime des deux dispositifs. En effet, le Code de la consommation répute irréfragablement<sup>340</sup> ou simplement<sup>341</sup> abusives certaines clauses, ce que ne fait pas le Code civil. Dès lors, une clause qui pourrait être considérée comme irréfragablement abusive en droit de la consommation ne le serait pas forcément en droit commun des contrats. De même, la sanction de la clause obscure n'est pas la même : elle est réputée non-écrite en droit de la consommation<sup>342</sup>, tandis qu'elle est simplement interprétée *contra stipulatorem* en droit commun<sup>343</sup>. De telles solutions étant incompatibles, il y a bien une antinomie entre ces textes. En pratique, la concurrence entre les deux textes restera probablement sans conséquence, puisque le consommateur partie à un contrat d'adhésion agira toujours sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation<sup>344</sup>, au régime plus protecteur<sup>345</sup>.

---

<sup>333</sup> Rapp. C. Goldie-Genicon, *Contribution...*, *op. cit.*, n°386 : « L'objet d'une règle ne doit pas être confondu avec le résultat auquel elle tend, avec la fin qu'elle poursuit [...]. La notion est plus étroite : l'objet est la question juridique traitée par la règle, le problème abstrait auquel elle fournit une réponse ».

<sup>334</sup> Encore que, comme l'ont affirmée aussi bien la Cour de justice que la Cour de cassation, la protection de l'intérêt général peut passer par la protection d'intérêts privés. A ce sujet, v. *supra*, n°54, spéc. note 216.

<sup>335</sup> V. en ce sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°834.

<sup>336</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°477 ; P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°385.

<sup>337</sup> C. conso., Art. L. 241-1, al. 1<sup>er</sup> ; C. civ., Art. 1171, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>338</sup> C. conso., Art. L. 212-1, al. 3 ; C. civ., Art. 1171, al. 2.

<sup>339</sup> V. dans le même sens, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme...*, *op. cit.*, p. 343-344. ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°877.

<sup>340</sup> C. conso., Art. R. 212-1, sur renvoi de l'Art. L. 212-1, al. 4..

<sup>341</sup> *Ibid.*, Art. R. 212-2, sur renvoi de l'Art. L. 212-1, al. 5.

<sup>342</sup> *Ibid.*, Art. L. 212-1, al. 3.

<sup>343</sup> C. civ., Art. 1190.

<sup>344</sup> G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2018, n°444 ; P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°385.

<sup>345</sup> Il n'aura ainsi pas à démontrer l'existence d'un contrat d'adhésion et bénéficiera notamment des listes noires et grises.

79. Qu'en est-il de l'articulation de l'article L. 442-1 du Code de commerce avec l'article 1171 du Code civil ? Plusieurs auteurs ont invoqué que les règles ont un objet radicalement différent : la règle du Code de commerce est une règle de droit de la concurrence, imprégnée d'intérêt général, alors que celle du Code civil ne viserait que la protection d'intérêts particuliers<sup>346</sup>, et qu'il faudrait donc en déduire un droit d'option entre elles. Il nous faut, là-encore, exprimer notre désaccord avec cette approche, qui résulte d'une confusion entre leur objectif et leur objet. Les deux stigmatisent le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, elles ont donc le même objet<sup>347</sup>. Certains auteurs ont pu affirmer qu'il existait quand même une antinomie d'objet entre les deux, le Code de commerce s'attachant à une vision subjective du déséquilibre significatif basée sur la soumission, tandis que le Code civil, comme le Code de la consommation s'intéresseraient à un déséquilibre objectif<sup>348</sup>. La distinction ne nous semble toutefois pas pertinente, dans la mesure où la soumission du Code de commerce se démontre par l'absence de négociabilité du contrat<sup>349</sup>, ce qui est également le critère du contrat d'adhésion dans le Code civil<sup>350</sup>. Les deux mécanismes ont donc bien le même objet, et se recoupent au niveau des contrats commerciaux d'adhésion. Il reste donc à déterminer s'il existe une antinomie entre les textes. On pourrait d'abord avancer que l'antinomie résulte de la règle de compétence spéciale pour l'article L. 442-1 du Code de commerce. En effet, les actions fondées sur le déséquilibre significatif du Code de commerce sont réservées à la compétence de huit tribunaux de commerce<sup>351</sup> et de huit tribunaux judiciaires<sup>352</sup>, avec la compétence en appel de la Cour d'appel de Paris<sup>353</sup>, tandis qu'il n'existe pas de telle restrictions pour les actions fondées sur l'article 1171 du Code civil. Dès lors, certains auteurs ont pu affirmer que permettre un choix entre les deux dispositions reviendrait à permettre d'échapper à la juridiction des tribunaux spécialisés pour l'application des dispositions du Code de commerce, ce qui aboutirait à des solutions incompatibles<sup>354</sup>. Il nous semble toutefois que l'argument puisse être écarté, dans la mesure où la règle de compétence fixée à l'article L. 442-

---

<sup>346</sup> V. par exemple, C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, Tome 3 : Les obligations, Le contrat*, 10<sup>ème</sup> édition, Economica, 2021, n°405 ; D. Fenouillet, « Le juge... », *op. cit.*, n°21 ; P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°385.

<sup>347</sup> V. en ce sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°834.

<sup>348</sup> O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme...*, *op. cit.*, p. 344-345.

<sup>349</sup> Com. 20 novembre 2019, n°18-12.823 : « la soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées [...] ».

<sup>350</sup> C. civ., Art. 1110, al. 2.

<sup>351</sup> C. com., Annexe 4-2-1, sur renvoi de l'Art. D. 442-2, al. 1<sup>er</sup>, sur renvoi de l'Art. L. 442-4, III.

<sup>352</sup> *Ibid.*, Annexe 4-2-2, sur renvoi de l'Art. D. 442-3, al. 1<sup>er</sup>, sur renvoi de l'Art. L. 442-4, III.

<sup>353</sup> *Ibid.*, Art. D. 442-2, al. 2 et D. 442-3, al. 2, sur renvoi de l'Art. L. 442-4, III.

<sup>354</sup> M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016. 662, spéc. p. 663.

4, III, du Code de commerce vise « l'application » de l'article L. 442-1 du même Code. Si le législateur avait voulu édicter une compétence impérative des juridictions consulaires dès lors que les conditions d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce étaient réunies, il aurait indiqué que les tribunaux spécialement désignés avaient juridiction pour avoir à connaître des faits constitutifs d'une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article L. 442-1<sup>355</sup>. Cette simple compétence spéciale ne crée donc pas une antinomie entre les textes. En revanche, l'antinomie résulte des sanctions prévues par les deux textes. L'article L. 442-1 du Code de commerce dispose que la soumission de l'autre partie à un déséquilibre significatif entraîne la responsabilité de l'auteur de la soumission, ce que le Code civil ne prévoit pas. Il n'est toutefois pas possible de déduire de cette seule différence une antinomie entre les textes : lorsque l'article 1171 du Code civil sera invoqué, la victime du déséquilibre significatif pourra également engager la responsabilité de son cocontractant s'il réussit à démontrer l'existence d'une faute, d'un lien de causalité, et d'un dommage<sup>356</sup>. En revanche, le déséquilibre significatif peut entraîner la nullité de la clause s'il est basé sur le Code de commerce<sup>357</sup>, alors qu'il entraîne le réputé non écrit de la clause s'il est basé sur le Code civil<sup>358</sup>. Alors que la nullité se prescrit par cinq ans<sup>359</sup>, le réputé non-écrit est imprescriptible<sup>360</sup>. On voit bien ici l'antinomie qui résulterait de la possibilité de choix entre les deux actions : « [a]ccepter qu'une clause relevant du périmètre de l'article [L. 442-1, I, 2°] soit querellée sur le terrain de l'article 1171, ce serait donc admettre que cette critique puisse être mis en œuvre quand bien même la nullité fondée sur le premier de ces textes aurait été atteinte par la prescription »<sup>361</sup>. Enfin, et de façon plus évidente, l'antinomie résulte du fait que le dispositif du Code civil ne permet pas le contrôle de l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation<sup>362</sup>, tandis qu'un tel contrôle est possible avec le dispositif du Code de commerce<sup>363</sup>.

**80.** Il semblerait donc qu'existe bien une antinomie entre le déséquilibre significatif du Code civil et ceux du Code de commerce et du Code de la consommation. Toutefois, il n'est même pas certain que l'analyse à travers l'adage *specialia generalibus derogant* soit pertinente. En effet, une telle analyse suppose l'existence d'un droit général et d'un droit spécial. Or,

---

<sup>355</sup> A. Hontebeyrie, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016. 2180, spéc. p. 2181.

<sup>356</sup> *Ibid.*

<sup>357</sup> C. com., Art. L. 442-4, I, al. 2.

<sup>358</sup> C. conso., Art. L. 241-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>359</sup> C. com., Art. L. 110-4, I.

<sup>360</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 30 mars 2022, *op. cit.*

<sup>361</sup> A. Hontebeyrie, « 1171... », *op. cit.*, p. 2182.

<sup>362</sup> C. civ., Art. 1171, al. 2.

<sup>363</sup> Com. 25 janvier 2017, n°15-23.547. La solution a été déclarée conforme à la Constitution, v. C. const. 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC.

certain auteurs ont contesté cette hypothèse, puisqu'il n'est pas certain que les dispositifs consumériste et commercialiste disposent d'un champ d'application plus restreint que le champ d'application du dispositif civiliste<sup>364</sup>. Ils s'appliquent en effet à toutes les relations entre un professionnel et un consommateur ou entre professionnels<sup>365</sup>, tandis que le dispositif civiliste ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion. Même s'il nous semble que les trois hypothèses confinent à l'impossibilité de négocier le contrat<sup>366</sup>, il en résulte une incertitude quant à l'articulation des trois textes.

**81.** En raison de toutes ces incertitudes, le législateur, lors de la procédure de ratification de la réforme, a souhaité affirmer que l'article 1171 ne pourrait s'appliquer « *dans les champs déjà couverts par l'article [L. 442-1] du Code de commerce et par l'article L. 212-1 du Code de la consommation* »<sup>367</sup>. La Cour de cassation a entendu le message, puisqu'elle a récemment affirmé qu'« [i]l ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, 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 des articles [L. 442-1] du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation »<sup>368</sup>, sans même viser l'article 1105 du Code civil. Plutôt que de déterminer l'application entre une règle générale et des règles spéciales qu'elle identifierait, elle semble ainsi affirmer l'existence d'un principe de non-cumul et de non-option entre les différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif<sup>369</sup>. Le déséquilibre significatif du Code de la consommation s'appliquant aux relations entre un commercial et un professionnel<sup>370</sup> et le déséquilibre significatif du Code de commerce s'appliquant aux relations entre professionnels<sup>371</sup>, que reste-t-il alors au déséquilibre significatif du Code civil ? Le contrat de bail commercial, puisqu'il ne s'agit pas d'une activité de production, de distribution, ou de

---

<sup>364</sup> D. Fenouillet, « Le juge... », *op. cit.*, n°50.

<sup>365</sup> Cela a même conduit certains auteurs à affirmer que l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce constitue une « *règle de droit commun commercial* », M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018. 900, n°15. V. aussi C. Larroumet, S. Bros, *Traité...*, *op. cit.*, n°405, qualifiant cet article de « *règle générale du droit commercial* ». De la même façon, on pourrait affirmer que l'article L. 212-1 du Code de la consommation est une règle de droit commun de la consommation.

<sup>366</sup> A ce sujet, v. *infra*, n°84 s.

<sup>367</sup> F. Pillet, *Rapport...*, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>368</sup> Com. 26 janvier 2022, n°20-16.782. V. avant cet arrêt, CA Paris 24 janvier 2022, n°20/05711 (refusant d'appliquer l'article 1171 du Code civil car le contrat avait été conclu entre deux professionnels et à des fins professionnelles).

<sup>369</sup> V. déjà en ce sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°893 s.

<sup>370</sup> V. *supra*, n°73.

<sup>371</sup> V. *supra*, n°74.

services<sup>372</sup>, les contrats soumis à un droit spécial auxquels ne s'appliquent pas les pratiques restrictives de concurrence<sup>373</sup> et les contrats entre consommateurs<sup>374</sup>.

**82.** Les trois mécanismes de lutte contre le déséquilibre significatif étant articulés, il faut désormais s'assurer de leur unité.

## Section 2 – La convergence des trois mécanismes de lutte contre le déséquilibre significatif

**83.** Trois dispositifs stigmatisant le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties coexistent en droit positif français. Avant d'apprécier le déséquilibre significatif que peut créer une clause d'élection, il convient d'abord de s'assurer que ces trois dispositifs ne sont pas de « *faux-amis* »<sup>375</sup>. Il ne nous semble pas que tel soit le cas, puisque les trois dispositifs sont canalisés à une situation identique (§1) et semblent pouvoir être appréciés uniformément (§2).

### *§1. La canalisation des trois dispositifs à une situation identique : l'impossibilité de négocier*<sup>376</sup>

**84.** L'une des plus épineuses questions de la réforme du droit des contrats a été de déterminer le champ d'application du nouveau dispositif de lutte contre les clauses abusives. Initialement, il était prévu que le contrôle du déséquilibre significatif soit possible dans tous les contrats, et à l'encontre de toutes les clauses<sup>377</sup>. Ce champ d'application très large a été très critiqué<sup>378</sup>, et une partie de la doctrine a demandé son cantonnement<sup>379</sup>. Deux hypothèses étaient alors envisageables : limiter le contrôle du déséquilibre significatif aux clauses non négociées,

---

<sup>372</sup> Civ. 3ème 15 février 2018, *op. cit.*

<sup>373</sup> Il en va notamment ainsi des contrats conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement pour l'exercice de leurs opérations de banque et leurs opérations connexes (com. 26 janvier 2022, *op. cit.* ; CA Paris 11 mars 2022, n°20/01435). V. désormais, C. mon. fin., Art. L. 511-4.

<sup>374</sup> V. M. Behar-Touchais, « La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. A propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil », note sous com. 26 janvier 2022, n°20-16.782, *JCP G* 2022. 788.

<sup>375</sup> D. Fenouillet, « Le juge... », *op. cit.*, n°20.

<sup>376</sup> Nous ne reviendrons pas ici sur le grief tenant au fait que le dispositif du Code civil protège des intérêts privés tandis que ceux du Code de commerce et du Code de la consommation protègent des intérêts privés car nous avons déjà montré que la distinction n'était pas pertinente, l'intérêt général pouvant résider dans la protection de certains intérêts privés. V. *supra*, n°54, spéc. note 216.

<sup>377</sup> Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Art. 1169, al. 1<sup>er</sup> : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ».

<sup>378</sup> V. not. P. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives: on attendait Grouchy... », *Dr. et patr.*, oct. 2014, p. 56

<sup>379</sup> V. not. F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015. 1226.

comme c'est le cas en Allemagne<sup>380</sup>, ou limiter ce contrôle aux contrats d'adhésion<sup>381</sup>. C'est cette dernière solution qu'a initialement retenu le législateur dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats<sup>382</sup>. Tout reposait donc sur la définition du contrat d'adhésion. C'est ici qu'interviennent deux conceptions du contrat d'adhésion : le contrat d'adhésion au sens large et le contrat d'adhésion *stricto sensu*, à différencier du contrat de dépendance. La notion de contrat d'adhésion, au sens large, regroupe « l'ensemble des contrats dont la totalité ou la plupart des stipulations sont imposées à un contractant qui n'est pas en mesure de les négocier »<sup>383</sup>. Au contraire, le contrat d'adhésion *stricto sensu* ne comprendrait qu'une partie des contrats d'adhésion au sens large : les contrats « sinon de masse, du moins standardisés, pré-rédigés »<sup>384</sup> et « offerts à l'adhésion d'un public élargi, qu'il soit consommateur ou professionnel »<sup>385</sup>. L'autre versant des contrats d'adhésion *stricto sensu* serait les contrats de dépendance, des « contrats de production ou de distribution plaçant l'une des parties dans la dépendance économique de l'autre »<sup>386</sup>. Quelle est la différence entre les deux ? Dans le contrat d'adhésion, le consentement serait « moins insuffisamment libre qu'imparfaitement éclairé »<sup>387</sup> : en effet, l'adhérent est satisfait du contenu de l'obligation principale et du prix mais n'a pas parfaitement conscience des conditions accessoires auxquelles il s'engage. En revanche, dans le contrat de dépendance, le consentement serait « moins insuffisamment éclairé qu'imparfaitement libre »<sup>388</sup> : en raison de la dépendance économique dans lequel il se trouve par rapport à son cocontractant, le dépendant est alors contraint d'accepter des clauses qu'il comprend parfaitement mais qu'il n'aurait pas acceptées s'il avait eu le choix. En 2016, le législateur a fait le choix d'adopter cette distinction proposée par François Chénéde<sup>389</sup> en définissant le contrat d'adhésion comme suit : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »<sup>390</sup>. En effet, le terme de « conditions générales » fait bien référence au contrat d'adhésion *stricto sensu* puisqu'il fait justement référence aux contrats de masse et l'abandon

---

<sup>380</sup> Pour du droit comparé, v. not. L. Leveneur, M. Leveneur-Azémar, « L'article 1171... », *op. cit.*

<sup>381</sup> En faveur d'une telle solution, v. not. F. Chénéde, « Le contrat... », *op. cit.*, n°8 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015. 335, n°21.

<sup>382</sup> C. civ., Art. 1171 (ancien) : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

<sup>383</sup> F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.362.

<sup>384</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°454.

<sup>385</sup> F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.362.

<sup>386</sup> *Ibid.*

<sup>387</sup> F. Chénéde, « Le contrat... », *op. cit.*, n°3.

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> En faveur de cette distinction, v. également, K. Lafaurie, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453.

<sup>390</sup> C. civ., Art. 1110, al. 2 (ancien).

de la « soustraction à la libre discussion »<sup>391</sup> semble également abandonner la possibilité de négocier ses clauses comme critère du contrat d'adhésion<sup>392</sup>. En résumé, le contrat d'adhésion du Code civil se rapprocherait du contrat de consommation et serait caractérisé par un ensemble de conditions générales « rédigées in globo et ne varietur pour être proposées à l'adhésion d'un nombre plus ou moins important de contractants potentiels »<sup>393</sup>. Au contraire, en visant le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » et la notion de « partenaire commercial », l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce viserait, lui, le contrat de dépendance<sup>394</sup>, d'où les différences de régime entre ces textes<sup>395</sup>. Au bout de cette démonstration, cela signifie qu'il n'existe pas d'unité entre les différentes hypothèses dans lesquelles sont stigmatisées le déséquilibre significatif, et qu'on ne peut donc pas l'apprécier d'une façon unique.

**85.** Bien que très intéressante, il nous semble que cette présentation puisse être remise en question. D'abord, il est possible de nuancer la dichotomie soutenue par M. Chénéde. En effet, il n'est pas certain que le petit commerçant ait beaucoup plus connaissance des conditions auxquelles il s'engage que le consommateur : il est en général tout aussi ignorant du droit des contrats et n'a pas forcément les moyens de s'offrir un accompagnement juridique. De plus, les consommateurs peuvent également se trouver dans une forme de dépendance pour certains des contrats qu'ils concluent : on pense ici par exemple aux contrats de fourniture d'électricité, d'eau, de téléphonie, d'accès à Internet<sup>396</sup>... Ensuite, les évolutions des dispositions du Code civil et du Code de commerce relatives au déséquilibre significatif tendent à gommer la distinction entre le contrat de dépendance et le contrat d'adhésion. En effet, lors de la ratification de la réforme du droit des contrats, les articles 1110 et 1171 du Code civil ont été modifiés. Le nouvel article 1110 du Code civil définit désormais le contrat d'adhésion comme suit : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées*

---

<sup>391</sup> Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Art. 1108, al. 2.

<sup>392</sup> Il ne faut toutefois pas oublier que la définition de 2016 du contrat d'adhésion mentionne que les conditions générales doivent être « soustraites à la négociation ». Cela semble clairement sous-entendre que ces clauses ne sont pas négociables, et donc imposées à l'adhérent. En ce sens, v. not. N. Eréséo, « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations », in L. Andreu, M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 363, n°30 ; T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016. 1771, spéc. n°12.

<sup>393</sup> F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.362.

<sup>394</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°454.

<sup>395</sup> *Ibid.*, n°460.

<sup>396</sup> On pourrait nous opposer que, dans ce cas, le consommateur peut faire jouer la concurrence, contrairement au fournisseur qui est dans une véritable dépendance vis-à-vis du distributeur. Un tel argument ne convainc pourtant pas, le consommateur n'ayant pas toujours la possibilité d'aller voir ailleurs. Pour un seul exemple, que l'on pense à certaines régions de France où la couverture réseau n'est faite que par un seul opérateur. Le consommateur habitant dans une telle région est bien dépendant de cet opérateur.

à l'avance par l'une des parties. ». Exit les « conditions générales »<sup>397</sup>, ce qui semble signifier que le contrat d'adhésion n'est pas seulement celui qui a été proposé à une multitude, mais tout contrat dont les dispositions sont non négociables<sup>398</sup>. Également, la « soustraction à la négociation » devient l'absence de négociabilité des clauses : il ne suffira donc pas de montrer que le contrat n'a pas été négocié, il faudra montrer qu'il n'était pas négociable<sup>399</sup>. Ce critère de la négociabilité a d'ailleurs été doublement utilisé par la loi de ratification, puisqu'au sein du contrat d'adhésion, seule la clause non négociable peut être passée au crible du déséquilibre significatif<sup>400</sup>. L'absence de négociabilité – ou impossibilité de négocier – traduit à notre sens une soumission : l'adhérent est soumis aux clauses de la partie qui les a proposées. En parallèle, les pratiques restrictives de concurrence ont été réformées en 2019. Exit l'exigence d'un « partenaire commercial »<sup>401</sup>, ce qui indique l'abandon de la nécessité d'une dépendance économique entre la partie forte et la partie faible : même dans le cadre d'une relation d'affaires ponctuelle, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est stigmatisé. Et, on le sait, l'exigence d'une « soumission » est généralement interprétée comme nécessitant la preuve de l'absence de négociabilité de la stipulation contractuelle à l'origine du déséquilibre significatif<sup>402</sup>. Dès lors, en droit commun comme en droit commercial, le véritable critère permettant l'analyse du déséquilibre significatif est l'impossibilité de négocier les clauses du contrat. On pourrait alors nous rétorquer que, si l'unité entre le dispositif civiliste et le dispositif commercialiste a ainsi été rétablie, c'est désormais le dispositif consumériste qui est isolé, ce dernier étant bien plus caractérisé par l'existence de conditions générales proposées à une

---

<sup>397</sup> Un article semble avoir eu particulièrement d'influence sur les parlementaires, v. T. Revet, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018. 124.

<sup>398</sup> En ce sens, v. S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°650.

<sup>399</sup> *Ibid.*, n°661 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°470 ; N. Blanc, « Contrat d'adhésion... », *op. cit.*, n°9.

<sup>400</sup> C. civ., Art. 1171, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>401</sup> C. com., Art. L. 442-1, I, 2°.

<sup>402</sup> Com. 27 mai 2015, n°14-11.387 (les fournisseurs ne disposaient pas du « pouvoir réel de négocier ») ; com. 3 mars 2015, n°14-10.907 (« les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses ») ; com. 20 novembre 2019, *op. cit.* (« la soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées ») ; com. 16 mars 2022, n°19-17.875 (« le prix de vente du fonds de commerce résulte de la libre négociation des parties », ce « seul motif [fait] ressortir l'absence de soumission ou de tentative de soumission dans l'opération en cause »). V. aussi, F. Chénéde, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°123.364, qui rapproche lui-même la soumission de la négociabilité. Comp. N. Ferrier, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in F. Barrière (dir.), *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 127, spéc. p. 141-142 : « si l'existence d'un contrat d'adhésion, compris comme celui dont la négociation est impossible et pas seulement absente, implique nécessairement une « soumission », la réciproque n'est pas vraie ».

multitude que par l'impossibilité de négocier les stipulations du contrat<sup>403</sup>. Une telle analyse nous apparaît toutefois contestable. Le consommateur ne peut pas plus discuter les stipulations du contrat que l'adhérent du Code civil ou le dépendant du Code de commerce<sup>404</sup>. L'article L. 212-1 du Code de la consommation ne l'exprime pas clairement mais cette impossibilité de négociation est inhérente à la relation entre le professionnel et le consommateur. Au mieux ce dernier a le choix entre plusieurs offres, mais il n'est jamais en mesure de discuter précisément les clauses des contrats auxquels il adhère. Elles ne sont donc pas négociables. En résumé, il nous semble donc que les mécanismes stigmatisant le déséquilibre significatif font preuve d'unité, car ils s'appliquent lorsqu'il n'a pas été possible de négocier le contenu du contrat<sup>405</sup>. Le critère déclencheur du déséquilibre significatif, quelle que soit sa forme, est donc la non négociabilité : « [c]'est à conclure ou à laisser ! »<sup>406</sup>. Déséquilibre significatif qui a justement pour objectif de remédier à cet abus d'unilatéralisme dans la détermination des clauses du contrat<sup>407</sup>, et qui est apprécié de façon similaire dans les trois dispositifs le consacrant.

## §2. L'appréciation similaire du déséquilibre significatif dans les trois dispositifs

**86.** Suite à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, certains auteurs ont fait valoir qu'on ne saurait apprécier de la même façon le déséquilibre significatif du Code civil et ceux du Code de commerce et du Code de la consommation « *sauf à ruiner l'idée même d'une césure entre le droit spécial et le droit commun* »<sup>408</sup>. En effet, le droit spécial, et notamment le droit de la consommation, exprimerait un déséquilibre structurel entre les parties,

---

<sup>403</sup> Contrairement à l'article 2 de la Directive 93/13, restreint aux clauses « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* », l'article L. 212-1 ne contient en effet aucun terme semblant s'approcher, de près ou de loin, de l'exigence de négociabilité.

<sup>404</sup> D. Fenouillet, « Présentation générale », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020, n°012.31. Même si la sanction des clauses abusives n'est pas restreinte à l'impossibilité de négocier le contrat, « [l]a solution théorique ne doit pas masquer la réalité pratique : bien souvent, les contrats conclus entre professionnels et consommateurs sont des contrats d'adhésion » (D. Fenouillet, « Domaine contractuel de la prohibition », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020, n°223.45). Au contraire, la Cour de cassation semble même considérer que s'il y a eu négociation entre le consommateur et le professionnel, le déséquilibre significatif ne peut pas être caractérisé, v. par exemple, civ. 1ère 1<sup>er</sup> février 2005, n°03-13.779 ; civ. 1ère 14 novembre 2006, n°04-15.646.

<sup>405</sup> V. dans le même sens, D. Mazeaud, « Les professionnels... », *op. cit.*, n°14 ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°168.

<sup>406</sup> D. Mazeaud, « La justice contractuelle dans la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2019, p. 377, n°19.

<sup>407</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°671.

<sup>408</sup> O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme...*, *op. cit.*, p. 350. V. aussi en ce sens, N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2. 394, n°11 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°473, se demandant « *si les juges ne pourraient pas se montrer plus exigeants pour l'application de l'article 1171 du code civil [...] que pour l'application de l'article L. 212-1 du code de la consommation* ».

tandis que le droit civil postulerait une présomption d'égalité entre les cocontractants, la protection devant alors être accordée au cas d'espèce<sup>409</sup>. Ainsi, « *ce n'est pas parce qu'une clause aura été jugée abusive au sens [de l'un des textes spéciaux] qu'elle devra nécessairement être considérée comme abusive au sens de l'article 1171* »<sup>410</sup>. Si nous ne pouvons que louer cette deuxième affirmation, le déséquilibre significatif devant toujours être apprécié *in concreto*, il nous faut exprimer notre désaccord avec la première. Comme cela a été vu, il nous semble que les trois dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif postulent un déséquilibre structurel entre les parties puisqu'ils ne s'activent que lorsque la partie dite faible est dans l'impossibilité de négocier les stipulations contractuelles, ce qui justifie une appréciation similaire du déséquilibre significatif.

**87.** Cette appréciation similaire se justifie également par l'identité des conditions d'analyse du déséquilibre significatif. Il est parfois avancé que l'appréciation du déséquilibre significatif se ferait différemment en droit de la consommation et en droit commercial : le premier privilégierait une approche clause par clause<sup>411</sup>, tandis que le second privilégierait une approche plus globale du déséquilibre créé par la clause entre les droits et obligations des parties<sup>412</sup>. L'affirmation peut toutefois être nuancée. D'abord, les trois textes, commun comme spéciaux, stigmatisent le « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »<sup>413</sup>, ce qui sous-entend qu'il doit être apprécié en prenant en compte l'intégralité de la relation contractuelle<sup>414</sup>. De plus, le Code de la consommation précise bien que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* »<sup>415</sup>. Alors même que le Code de commerce ne le précise pas, c'est également le mode d'interprétation que semblent adopter les juges consulaires<sup>416</sup>. Et il n'y a aucune raison de penser

---

<sup>409</sup> O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme...*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>410</sup> *Ibid.* V. dans le même sens, B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Editions Francis Lefebvre, 2016, n°429.

<sup>411</sup> Approche qui se manifesterait notamment par la présence de listes de clauses irréfragablement ou simplement présumées abusives, v. C. conso., Art. R. 212-1 et R. 212-2.

<sup>412</sup> En ce sens, v. par exemple, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°460 ; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau...*, *op. cit.*, n°446.

<sup>413</sup> C. civ., Art. 1171, al. 1<sup>er</sup> ; C. conso., Art. L. 212-1, al. 1<sup>er</sup> ; C. com., Art. L. 442-1, I, 2<sup>o</sup> (ce dernier texte vise le déséquilibre significatif « *dans les droits et obligations des parties* » mais la différence de formulation ne nous semble pas significative).

<sup>414</sup> V. également dans ce sens, D. Fenouillet, « Le juge... », *op. cit.*, n°33.

<sup>415</sup> C. conso., Art. L. 212-1, al. 2, première phrase. V. par exemple, civ. 1<sup>er</sup> février 2005, *op. cit.*

<sup>416</sup> V. par exemple, com. 3 mars 2015, n°13-27.525 (le déséquilibre significatif créé par une clause n'est pas sanctionné s'il est contrebalancé par d'autres clauses du contrat) ; CA Paris 19 avril 2017, n°15/24221 (« *Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto* »).

que tel ne sera pas le cas lorsque les juges appliqueront l'article 1171 du Code civil<sup>417</sup>. Certains pourraient avancer que le contexte serait pris en compte plus largement dans le Code de la consommation, puisque le caractère abusif d'une clause s'y « *apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution* »<sup>418</sup>. Toutefois, rien n'empêche une telle analyse en application du dispositif civiliste ou commercialiste : on pourrait par exemple imaginer qu'un tribunal examine le caractère abusif d'une clause d'un contrat d'application en prenant en compte les clauses contenues dans le contrat-cadre<sup>419</sup>. Pareillement, il pourrait être invoqué que le Code de la consommation prévoit que le contrôle du déséquilibre significatif est possible « *quels que soient la forme ou le support du contrat* ». Mais si, là-encore, ni le dispositif du Code civil, ni celui du Code de commerce ne répliquent cette formule, le déséquilibre significatif devrait toujours pouvoir être apprécié, peu importe la forme ou le support du contrat<sup>420</sup>. Dès lors, il nous semble que les conditions d'analyse du déséquilibre significatif sont les mêmes, quel que soit le fondement textuel invoqué.

**88.** Au-delà des conditions d'analyse du déséquilibre significatif, la méthode de cette analyse est également la même quel que soit le dispositif invoqué. Il est toujours analysé *in concreto*<sup>421</sup>, à travers un faisceau d'indices récurrents<sup>422</sup>. Tous les auteurs s'accordent sur la possibilité d'utiliser ces indices pour les trois dispositifs stigmatisant le déséquilibre significatif<sup>423</sup>.

---

<sup>417</sup> V. en ce sens, S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016/5, dossier 5, p. 27, n°8. Pour un exemple, v. CA Caen 31 mars 2022, n°20/01120 (« *Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto* »).

<sup>418</sup> C. conso., Art. L. 212-1, al. 2, deuxième phrase.

<sup>419</sup> Il serait sinon bien facile d'échapper à l'analyse du déséquilibre significatif, en éparpillant les clauses créant un déséquilibre dans de multiples contrats régissant chacun un aspect de la relation contractuelle.

<sup>420</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit...*, *op. cit.*, n°655. Pour un exemple, v. CA Grenoble 31 mars 2022, n°20/04209 (des conditions générales de ventes et de location figurant au verso d'un bon de commande ont été considérées comme faisant partie d'un contrat d'adhésion, permettant alors l'analyse du déséquilibre significatif sur le fondement de l'article 1171 du Code civil).

<sup>421</sup> P. Stoffel-Munck, « Le contenu du contrat, la révolution des clauses abusives », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 149, spéc. p. 164. Rapp. R. Boffa, « Juste cause... », *op. cit.*, n°23 : « *Une même clause [...] ne crée pas, en elle-même, un déséquilibre significatif. Tout dépend de la nature du contrat, des autres stipulations contractuelles et de la qualité des parties* ».

<sup>422</sup> A ce sujet, v. *infra*, n°94 s.

<sup>423</sup> V. par exemple, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°460 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme...*, *op. cit.*, p. 350 ; M. Fabre-Magnan, *Droit...*, *op. cit.*, n°654 ; P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2020, n°372 ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°384 et 741. V. aussi, dans le même sens, Rapport au Président de la République sur l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op. cit.*, p. 20 : « *[L]es critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés par le Code de la consommation et qu'il résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives* ».

**89.** Enfin, le simple fait que le domaine d'analyse du déséquilibre significatif soit différent selon le fondement textuel utilisé ne remet pas en cause l'unité dans les conditions et la méthode de son analyse. Cela s'explique simplement par les « *objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* »<sup>424</sup>. Ainsi, si le texte du Code de commerce permet le contrôle de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix, c'est parce qu'il a été initialement pensé pour les contrats de distribution, caractérisés par une grande dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur<sup>425</sup>. D'où la possibilité de contrôler le prix que ce distributeur fixera. Au contraire, puisque le consommateur pourra, la plupart du temps, faire jouer la concurrence, il n'est pas nécessaire de contrôler le prix<sup>426</sup>. Pareillement, il nous semble que les listes noire et grise en droit de la consommation s'expliquent par le fait que l'impossibilité de négocier du consommateur se double souvent d'une infériorité « *technique ou informationnelle* »<sup>427</sup> plus rare en droit commun ou en droit commercial (justification qui explique aussi le caractère abusif de la clause peu claire en droit de la consommation, alors qu'elle n'est qu'interprétée *contra stipulatorem* dans le dispositif civiliste).

**90.** Il semble donc exister une véritable unité au sein du concept de déséquilibre significatif, comme l'avait d'ailleurs indiqué le Conseil constitutionnel en 2011 lors de l'introduction de la notion dans le Code de commerce, affirmant que puisque son « *contenu est déjà précisé par la jurisprudence [rendue en application du Code de la consommation], l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* », il n'y avait ainsi pas de violation du principe de légalité des délits et des peines<sup>428</sup>.

**91.** Désormais assurés de l'unité du concept de déséquilibre significatif, nous pouvons désormais nous concentrer sur son analyse, réalisée selon une méthode unique.

---

<sup>424</sup> Com. 25 janvier 2017, *op. cit.*

<sup>425</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n°457. A ce sujet, v. not. M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015. 603.

<sup>426</sup> Il faut d'ailleurs préciser que l'impossibilité de contrôle du prix en droit de la consommation est entendue strictement. Ainsi, la Cour de cassation a par exemple admis un contrôle indirect du prix via le contrôle de clauses d'indexation, v. civ. 1ère 29 mars 2017, n°15-27.231.

<sup>427</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°41 : « *Technique, elle tient à l'asymétrie des compétences afférentes aux biens ou services que le professionnel fournit et qui tendent à se complexifier. Informationnelle, elle découle de la disparité de connaissances à l'égard de données relevant du fait ou du droit ou, pour le dire autrement, du contrat proposé ou de la loi* ».

<sup>428</sup> C. const. 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC.

## Chapitre 2 – L’analyse du déséquilibre significatif

92. Le déséquilibre significatif est classiquement apprécié par le juge à l’aide de différents indices, qu’il est possible de regrouper en un « faisceau »<sup>429</sup>. Il s’agira donc de déterminer si ces indices traditionnellement utilisés permettent d’appréhender la particularité des clauses d’élection de for (Section 1), avant de s’interroger sur l’opportunité de consacrer des indices spécifiques aux clauses d’élection de for, en raison justement de cette particularité (Section 2).

### Section 1 – Les indices traditionnels permettant de déceler le déséquilibre significatif

93. Le juge a traditionnellement dégagé plusieurs indices afin de déterminer si une clause d’un contrat crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Nous commencerons par présenter ces indices et leurs modes de fonctionnement (§1), avant de déterminer s’ils permettent de saisir le particularisme des clauses d’élection de for (§2).

#### *§1. La présentation des indices traditionnels*

94. Il est difficile de systématiser l’appréciation du déséquilibre significatif. Aucune clause n’est *per se* créatrice d’un déséquilibre significatif. En effet, comme l’a relevé un auteur, l’analyse du déséquilibre significatif ne se fait pas par syllogisme, le « rapprochement d’une règle de droit reposant sur des présupposés précis et [...] l’identification des faits correspondants parmi ceux de l’espèce »<sup>430</sup>. Au contraire, le déséquilibre significatif « se décide au terme d’une délibération dominée par la recherche d’une conciliation des intérêts en présence, par des considérations d’opportunité, d’équité et de politique juridique »<sup>431</sup>. Certains ont pu critiquer cette méthode faisant « la part belle aux jugements de valeur voire aux préjugés du magistrat »<sup>432</sup>, mais il n’est pas certain que la constatation d’un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties soit aussi arbitraire. En effet, il est caractérisé par le juge en

---

<sup>429</sup> M. Mekki, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 10 mai 2016, p. 11, spéc. p. 14.

<sup>430</sup> P. Stoffel-Munck, « Le contenu... », *op. cit.*, p. 165.

<sup>431</sup> *Ibid.* V. aussi F.-X. Licari, « Contrat – Contenu du contrat – Déséquilibre significatif », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 50, 2017, spéc. n°30-31.

<sup>432</sup> P. Stoffel-Munck, « Le contenu... », *op. cit.*, p. 165.

se basant sur une « pluralité d'indices » objectifs permettant « souplesse » et « adaptation de la règle de droit aux faits »<sup>433</sup>. Le déséquilibre significatif peut résulter d'une clause seule ou de la combinaison de plusieurs clauses<sup>434</sup>. De même, il peut résulter de la constatation de plusieurs indices ou d'un indice unique, s'il est décisif<sup>435</sup>.

**95.** Mais quels sont ces indices ? Les auteurs ne semblent pas s'accorder sur une liste exhaustive. Ainsi, certains envisagent la dérogation *in defavorem* à une règle supplétive, l'absence de réciprocité, l'accord d'une prérogative unilatérale sans contrepartie, le caractère potestatif de certains droits ou pouvoirs ou le caractère habituel d'une clause dans un secteur donné<sup>436</sup> ; d'autres se limitent « notamment » à « l'octroi d'une prérogative non réciproque, non justifiée ou exorbitante, ou [...] l'imposition d'une charge unilatérale et/ou dérogeant aux règles supplétives »<sup>437</sup> ; d'autres encore ne visent que la « maîtrise unilatérale de l'évolution du contrat », « l'avantage sans contrepartie », la « répartition inégale des risques économiques » et la « dérogation avec des règles supplétives »<sup>438</sup> ; enfin, une autrice envisage plus d'une dizaine d'indices permettant de déceler l'existence d'un déséquilibre significatif<sup>439</sup>. Au contraire, sans consacrer de véritable indice, la directive clauses abusives envisage dix-sept catégories de clauses qui peuvent notamment être déclarées abusives<sup>440</sup>. En l'absence d'un consensus, nous présenterons ici les indices les plus communément admis de l'existence d'un déséquilibre significatif.

**96.** Le premier indice, que tous les auteurs admettent, est la comparaison avec le droit supplétif<sup>441</sup>, qui constitue « l'idéal de justice contractuelle », le « modèle d'équilibre » prévu par le législateur<sup>442</sup>. Cette comparaison avec le droit supplétif a trois versants : le déséquilibre peut résulter d'une restriction au contenu des droits accordés par le droit supplétif, d'une entrave

---

<sup>433</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°384.

<sup>434</sup> V. par exemple, civ. 1ère 2 avril 2009, n°08-11.596.

<sup>435</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°386.

<sup>436</sup> P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit...*, *op. cit.*, n°375.

<sup>437</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n°460

<sup>438</sup> P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n°423.

<sup>439</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°450.

<sup>440</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Annexe.

<sup>441</sup> C'est d'ailleurs l'un des deux seuls indices qu'a explicitement consacré la Cour de Justice, avec la vérification que le consommateur aurait accepté la clause si le professionnel avait traité avec lui de façon loyale et équitable. V. CJUE 14 mars 2013, *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11, §§68-69 ; CJUE 14 novembre 2013, *Banco Popular Español c/ Maria Theodolinda Rivas Quichimbo et al. et Banco de Valencia c/ Joaquin Valldeperas Tortosa et al.*, C-537/12 et C-116/13, §§65-66 ; CJUE 16 janvier 2014, *Constructora Principado*, *op. cit.*, §21. Ce deuxième indice nous semble toutefois compliqué à mettre en œuvre car très difficile à prouver.

<sup>442</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°289-290.

à leur exercice ou de l'imposition d'une obligation supplémentaire<sup>443</sup>. Par exemple, le juge saisi du caractère prétendument abusif d'une clause retardant le transfert de propriété au paiement de l'intégralité de la somme convenue devra la comparer à l'article 1196 du Code civil qui prévoit que le transfert de propriété s'opère normalement lors de la conclusion du contrat<sup>444</sup>. Il convient toutefois de noter que la seule différence entre les stipulations contractuelles et le droit supplétif ne suffit pas à caractériser l'indice de déséquilibre significatif. En effet, il faut que cette dérogation au droit supplétif soit *in defavorem* pour la partie n'ayant pas pu négocier le contrat<sup>445</sup> : il n'y aurait en effet aucune raison de sanctionner la clause accordant plus de droits que le droit supplétif. Enfin, la seule dérogation *in defavorem* ne peut pas toujours conduire à caractériser le déséquilibre significatif : il faut toujours que la caractérisation de ce déséquilibre significatif soit appréciée *in concreto*, faute de quoi « [d]e supplétive, la règle deviendrait alors impérative »<sup>446</sup>. En toute hypothèse, si la clause est conforme au droit supplétif, elle ne peut créer de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>447</sup>.

97. Le deuxième indice que nous étudierons est l'absence de réciprocité d'un droit accordé à l'une des parties. Cette absence de réciprocité doit être entendue largement, elle comprend donc également les conditions d'exercice du droit<sup>448</sup>. Il faut noter que la simple absence de réciprocité dans les droits des parties ne crée pas *per se* un déséquilibre significatif. Il faut en outre que la réciprocité ait un sens au regard des obligations imposées à chacune des parties<sup>449</sup>. Prenons l'exemple d'une clause de résiliation pour convenance personnelle accordée aux deux parties dans des conditions différentes : la première pourra l'actionner sans frais, la seconde pourra l'actionner moyennant paiement d'une somme d'argent à l'autre partie. Cette clause n'a pas été considérée comme créant un déséquilibre significatif, puisqu'elle était logique au regard de l'économie du contrat : la partie bénéficiant de la clause sans condition était celle avançant l'intégralité des coûts, la partie bénéficiant de la clause soumise au paiement d'une somme d'argent n'ayant qu'à exécuter son obligation de paiement dans un second temps, une fois que la première aurait exécuté la sienne<sup>450</sup>. Un autre exemple peut être tiré d'un arrêt

---

<sup>443</sup> CJUE 16 janvier 2014, *Constructora Principado*, *op. cit.*, §23.

<sup>444</sup> C. civ., Art. 1196, al. 1<sup>er</sup>. Il est d'ailleurs probable que la dérogation à cette règle constitue un indice très faible de déséquilibre significatif, dans la mesure où l'alinéa 2 de cet article prévoit expressément que le transfert de propriété « peut être différé par la volonté des parties [...] ».

<sup>445</sup> L. Gratton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016. 22, spéc. p. 27-28 ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°358.

<sup>446</sup> L. Gratton, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 28. V. aussi P. Stoffel-Munck, *L'abus...*, *op. cit.*, n°449, qui craint le développement d'un « ordre public supplétif ».

<sup>447</sup> CJUE 9 juillet 2020, *NG et OH c/ SC Banca Transilvania*, C-81/19, §37.

<sup>448</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°426.

<sup>449</sup> Com. 26 janvier 2022, *op. cit.*

<sup>450</sup> Com. 31 mars 2021, *op. cit.*

rendu à propos d'une clause permettant la résolution du contrat pour inexécution. Ladite clause, conclue dans un contrat de location financière, n'était stipulée qu'au bénéfice du loueur. Toutefois, cette absence de réciprocité n'a pas été considérée comme créatrice d'un déséquilibre significatif puisqu'elle « *se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties* »<sup>451</sup> : le loueur étant tenu d'une obligation à exécution instantanée, il n'est pas nécessaire d'introduire pour le locataire un droit de résolution pour inexécution ; en revanche, le locataire étant tenu d'une obligation à exécution successive, l'accord de ce droit au loueur a un sens<sup>452</sup>. Dans ce même arrêt, la Cour de cassation sanctionne toutefois la clause permettant la résolution du contrat par le locataire, même en l'absence d'inexécution contractuelle<sup>453</sup>. Au contraire, il semblerait que la réciprocité d'un droit, accordé dans les mêmes conditions aux deux parties, empêche la caractérisation d'un déséquilibre significatif<sup>454</sup>.

**98.** Certains auteurs ont pu affirmer que l'octroi d'un avantage à une partie sans contrepartie est un indice du déséquilibre significatif existant entre les droits et obligations des parties<sup>455</sup>. Il nous semble toutefois qu'une telle solution ne soit pas admissible, car cela reviendrait à un contrôle de la lésion, qui est précisément interdit<sup>456</sup>. Deux arrêts sont généralement invoqués pour justifier l'existence de cet indice mais il nous semble qu'ils puissent être expliqués autrement. Dans le premier, une clause d'un contrat de bail faisait peser sur le locataire la quasi-totalité des frais d'entretien et de réparation du bien loué et des parties communes. La Cour de cassation indique que cette clause « *fai[sait] peser sur le locataire la quasi-totalité des dépenses incombant normalement au bailleur et dispense sans contrepartie le bailleur de toute participation aux charges qui lui incombent normalement en sa qualité de propriétaire* »<sup>457</sup> et créait donc un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Toutefois, la clause a été considérée comme créant un déséquilibre significatif non pas parce qu'elle conférait au loueur un avantage sans contrepartie mais parce qu'elle faisait peser

---

<sup>451</sup> Com. 26 janvier 2022, *op. cit.*

<sup>452</sup> V. S. Tisseyre, « *Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun* », note sous com. 26 janvier 2022, n°20-16.782, D. 2022. 539.

<sup>453</sup> Com. 26 janvier 2022, *op. cit.* Le déséquilibre significatif résulte ici à la fois de l'absence de réciprocité de ce droit et de la dérogation au droit supplétif. V. C. civ., Art. 1225, al. 1<sup>er</sup> : « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* » (nous soulignons).

<sup>454</sup> Com. 12 avril 2016, n°13-27.712.

<sup>455</sup> A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2021, n°197 ; P. Stoffel-Munck, « *Le contenu...* », *op. cit.*, p. 164.

<sup>456</sup> C. conso., Art. L. 212-1, al. 3 ; C. civ., Art. 1171, al. 2. Dans la mesure où ce contrôle est permis en droit commercial, l'avantage sans contrepartie peut potentiellement être utilisé ici comme indice. Mais il n'est pas admissible d'en faire un indice général du contrôle du déséquilibre significatif.

<sup>457</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> 17 décembre 2015, n°14-13.523.

sur le locataire des obligations incombant normalement au bailleur<sup>458</sup> : le déséquilibre significatif résultait donc d'une dérogation au droit supplétif. Dans le second, une clause d'un contrat de maîtrise d'œuvre garantissait à l'architecte le paiement de l'intégralité de ses honoraires, même en cas d'abandon du projet et quelle qu'en soit la raison. La Cour de cassation déclare la clause abusive, au motif qu'elle « *avait pour conséquence de garantir au maître d'œuvre, par le seul effet de la signature du contrat, le paiement des honoraires prévus pour sa prestation intégrale, et ce quel que fût le volume des travaux qu'il aurait effectivement réalisés, sans qu'il n'en résultât aucune contrepartie réelle pour le maître de l'ouvrage, qui, s'il pouvait mettre fin au contrat, serait néanmoins tenu de régler au maître d'œuvre des honoraires identiques à ceux dont il aurait été redevable si le contrat s'était poursuivi jusqu'à son terme* »<sup>459</sup>. Il nous semble toutefois que la clause a été déclarée comme créant un déséquilibre significatif car elle prive le maître d'ouvrage de sa possibilité de résilier le contrat pour force majeure ou motif légitime<sup>460</sup>. Comme une autrice<sup>461</sup>, il nous apparaît donc que l'existence ou l'absence d'une contrepartie ne peut être invoquée que pour *justifier* une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

**99.** Une fois le déséquilibre significatif caractérisé, la clause litigieuse n'est pas immédiatement déclarée abusive. La partie à l'origine de cette clause peut encore justifier l'existence de cette clause. Elle peut le faire par plusieurs moyens. D'abord, elle peut démontrer la preuve d'un rééquilibrage du contrat par l'existence d'une autre clause ou par une contrepartie au déséquilibre significatif créé par la clause litigieuse<sup>462</sup>. Ensuite, elle peut également démontrer que la clause a *en réalité* été négociée et ne peut donc pas être passée au crible du déséquilibre significatif<sup>463</sup>. Enfin, le caractère habituel d'une clause dans un secteur

---

<sup>458</sup> L'article 1719, 2° du Code civil prévoit en effet que le bailleur a l'obligation « *[d]'entretenir [la] chose [louée] en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée* » et l'article 1720, alinéa 2 prévoit qu'« *[i]l doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent être nécessaires, autres que les locatives* ».

<sup>459</sup> Civ. 3ème 7 novembre 2019, *op. cit.*

<sup>460</sup> En ce sens, v. S. Bernheim-Desvaux, « Confirmation expresse de la distinction entre SCI professionnel de l'immobilier et SCI professionnel de la construction », note sous civ. 3ème 7 novembre 2019, n°18-23.259, CCC 2020/1, comm. 13, spéc. p. 38. Sous l'empire du droit issu de la réforme du droit des contrats (non applicable *ratione temporis*), la solution priverait aussi le maître d'œuvre du bénéfice de l'article 1223 du Code civil, permettant la réduction du prix en cas d'inexécution. Également, cette clause accorde un droit non réciproque au maître d'œuvre, lui seul pouvant obtenir le bénéfice du contrat alors même qu'il n'aurait pas exécuté ses obligations intégralement.

<sup>461</sup> S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°426.

<sup>462</sup> V. par exemple com. 3 mars 2015, *op. cit.* ; CA Paris 19 avril 2017, *op. cit.*

<sup>463</sup> V. par exemple, CA Paris 1<sup>er</sup> juillet 2021, n°19/04035.

donné semble compenser en partie le déséquilibre significatif qu'elle peut créer entre les droits et les obligations des parties<sup>464</sup>.

**100.** Les deux principaux indices de l'existence d'un déséquilibre significatif étant exposés, il faut désormais essayer de les appliquer aux clauses d'élection de for.

## §2. L'application de ces indices au contentieux des clauses d'élection de for

**101.** Nous envisagerons les indices présentés l'un après l'autre pour déterminer s'ils permettent bien de saisir le potentiel déséquilibre significatif causé par les clauses d'élections de for, qu'elles soient symétriques ou non.

**102.** La comparaison avec le droit supplétif peut être un bon indicateur du caractère abusif d'une clause d'élection de for. Comme vu précédemment, cette comparaison a trois versants. Il s'agit de déceler une restriction au contenu des droits accordés par le droit supplétif, d'une entrave à leur exercice ou de la mise à la charge d'une obligation supplémentaire. Et en matière de clauses d'élection de for, c'est notamment ce deuxième versant qui va nous intéresser. Dès lors que la clause ne désigne pas le juge objectivement compétent, il y a un risque qu'elle crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties<sup>465</sup>. En effet, la Cour de Justice a pu affirmer, à propos d'une clause d'élection de for contenue dans un contrat interne qu'elle « *fait peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile* »<sup>466</sup>. Ainsi, « *dans le cadre de litiges portant sur des sommes limitées, les frais afférents à la comparution du consommateur pourraient se révéler dissuasifs et conduire ce dernier à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense* », ce qui a pour effet de « *supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur* »<sup>467</sup>. Le raisonnement est donc le suivant : chaque cocontractant a un droit d'agir en justice, et le fait

---

<sup>464</sup> V. not., CA Paris 12 décembre 2013, n°11/18274 ; CA Grenoble 17 novembre 2020, n°18/02810 ; CA Lyon 29 avril 2021, n°18/04864 ; CA Paris 16 février 2022, n°21/10448 ; CA Reims 15 mars 2022, n°21/00568. A notre connaissance, il n'existe pas de décision se basant au contraire sur le caractère inhabituel d'une clause dans un secteur donné comme indice d'un déséquilibre significatif. C'est pourquoi le caractère habituel nous semble plutôt être une potentielle justification à un déséquilibre significatif qu'un indice de celui-ci.

<sup>465</sup> Rappr. V. Heuzé, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 295, spéc. p. 301, qui différencie les clauses d'élection de for non attributives de compétence (celles qui élisent le juge objectivement compétent) qui sont le « *rempart contre l'instrumentalisation de la compétence internationale* » des clauses d'élection de for attributives de compétence (celle qui élisent un juge objectivement incompétent), regardées avec bien plus de méfiance.

<sup>466</sup> CJCE 27 juin 2000, *Océano Grupo*, op. cit., §22.

<sup>467</sup> *Ibid.*

d'intégrer une clause d'élection de for peut compliquer l'action en justice du contractant auquel a été imposé la clause d'élection de for, ce qui constitue une entrave à l'exercice de ce droit. Il a ici été considéré que c'était l'effet de la clause en cause, élisant de façon exclusive le tribunal dans le ressort duquel était situé le siège du professionnel, qu'elle créait donc un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties<sup>468</sup>. La Cour de Justice semble, dans cet arrêt, particulièrement critique à l'égard des clauses attributives de juridiction contenues dans les contrats de consommation, au point que certains ont pu penser qu'elle condamnait de façon absolue les clauses d'élection de for contenues dans les contrats de consommation, mêmes internes, soumis au droit communautaire<sup>469</sup>. Il n'en est toutefois rien, puisqu'elle a précisé par la suite qu'elle « *ne saurait se prononcer sur l'application [des indices du déséquilibre significatif] à une clause particulière qui doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce* »<sup>470</sup>. La position de la Cour de Justice à l'égard des clauses d'élection de for semble toutefois claire : ces clauses peuvent créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties car elles peuvent compromettre le droit d'agir en justice. Elles ne sont ici pas utilisées par la partie imposant la clause pour « *permettre la réalisation de la justice, mais [pour] y faire obstacle et éviter toutes poursuites en cas d'inexécution contractuelle* », devenant ainsi un « *mécanisme d'évitement de procès* »<sup>471</sup>. La Cour de Justice a réaffirmé plusieurs fois<sup>472</sup> sa position à propos de clauses contenues dans des contrats de consommation internes et a précisé que ce sont les frais inhérents à cette procédure lointaine qui sont à l'origine de la restriction du droit de saisir un juge<sup>473</sup>. Enfin, elle a finalement admis expressément l'analyse du déséquilibre significatif d'une clause d'élection de for contenue dans un contrat de consommation international, tout en précisant que celui-ci devait s'effectuer « *en tenant compte de la nature des services qui font l'objet du contrat concerné et en se référant à toutes les circonstances qui entourent la conclusion de celui-ci* »<sup>474</sup>. Ainsi, les juges français ont pu considérer qu'une clause contenue dans les conditions générales de Facebook obligeant le consommateur français à agir devant les juridictions californiennes créait un déséquilibre

<sup>468</sup> *Ibid.*, §24.

<sup>469</sup> E. Pataut, « Clauses attributives... », *op. cit.*, p. 819.

<sup>470</sup> CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM c/ Erzsébet Sustikné Györf*, C-243/08, §42.

<sup>471</sup> M. Boucaron-Nardetto, « L'impact de la réforme du droit commun des contrats sur la convention d'arbitrage », in L. Andreu, M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 459, n°35 (à propos des clauses compromissaires mais la citation est parfaitement transposable aux clauses d'élection de for). V. dans le même sens, S. Chaudouet, *Le déséquilibre...*, *op. cit.*, n°262 : « *les clauses attributives de compétence juridictionnelle peuvent constituer un moyen [...] de dissuader d'agir en justice* ».

<sup>472</sup> CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM*, *op. cit.*, §41 ; CJUE 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing c/ Ferenc Schneider*, C-137/08, §54 ; CJUE 3 avril 2019, *Aqua Med c/ Irena Skóra*, C-266/18, §53.

<sup>473</sup> CJUE 3 avril 2019, *Aqua Med*, *op. cit.*, §§53-54.

<sup>474</sup> CJUE 18 novembre 2020, *Ryanair*, *op. cit.*, §§60 et 63.

significatif entre les droits et obligations des parties<sup>475</sup>. Ils s'étaient notamment basés sur des considérations pratiques (le fait que cette clause obligeait le consommateur à saisir une juridiction lointaine) et économiques (le fait qu'elle oblige à engager des frais sans commune mesure avec l'enjeu économique du contrat), tout en soulignant le fait que Facebook pouvait parfaitement assurer sa défense en raison de la présence d'une de ses agences en France et de ses moyens financiers et humains<sup>476</sup>. Si la décision mentionne l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation<sup>477</sup>, elle n'en tire pas une présomption immédiate de déséquilibre significatif car il faut encore démontrer l'entrave au droit d'agir en justice. Le raisonnement est similaire dans toutes les autres décisions analysant si une clause d'élection de for crée un déséquilibre significatif<sup>478</sup>. Toutes ces décisions ont été prises sur le fondement du droit de la consommation mais le raisonnement serait parfaitement généralisable au droit commun et au droit commercial<sup>479</sup>. En résumé, dans le cadre de ce premier indice – la comparaison avec le droit supplétif – il est analysé si la clause crée une entrave au droit d'agir en justice en raison de considérations matérielles (éloignement du tribunal élu) et économiques (en évaluant le coût du procès à l'étranger au regard du montant en cause). L'analyse devant par nature être réalisée *in concreto*, il nous semble que l'habitude pour la partie soumise à la clause de se pourvoir en justice à l'étranger et ses facultés contributives doivent également être prise en compte. La méthode d'analyse peut être utilisée aussi bien à l'égard de clauses d'élection de for symétriques que de clauses d'élection de for asymétriques. Dans le cadre d'une clause asymétrique, certains auteurs ont pu relever que la position de la partie soumise à la clause était plus enviable qu'en cas d'une clause symétrique car elle pourrait être atraite en justice devant plus de tribunaux que le seul tribunal élu, augmentant ainsi la protection de son droit d'accès à un juge<sup>480</sup>. Cette analyse ne vaut toutefois que lorsque celle-ci est défenderesse, elle ne peut saisir que le juge élu si elle est demanderesse. En toute hypothèse, il ne nous semble pas que le déséquilibre

---

<sup>475</sup> CA Paris 12 février 2016, *op. cit.*

<sup>476</sup> *Ibid.*

<sup>477</sup> C. conso., Art. R. 212-2, 10°: Est simplement présumée abusive la clause ayant pour objet ou effet de « [s]upprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

<sup>478</sup> TGI Paris 7 août 2018, *op. cit.* ; CA Versailles 22 novembre 2018, *op. cit.* ; CA Lyon 18 mars 2021, *op. cit.*

<sup>479</sup> Obliger une PME/TPE à se rendre devant la juridiction étrangère désignée uniquement car il s'agit d'un professionnel, alors qu'elle est tout aussi impécunieuse que le consommateur et a également été soumise à la clause serait absurde. En ce sens, v. J. Clavel-Thoraval, « Une remise en cause espérée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : le droit fondamental d'accès à la justice enfin pris en compte ! », note sous civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241, *RLDA* 2020, n°165, p. 14, spéc. p. 19 (à propos d'une clause compromissoire mais le raisonnement vaut également pour une clause d'élection de for).

<sup>480</sup> V. not. en ce sens, L. Usunier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques », obs. sous civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264 et civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898, *RTD civ.* 2015. 844, spéc. p. 848.

significatif ici créé serait moins grand, car le caractère non réciproque du droit le renforce au contraire.

**103.** Le caractère non réciproque d'un droit est un bon indice du déséquilibre causé par certaines clauses d'élection de for, les clauses d'élection de for asymétriques. Il s'agit de clauses par lesquelles la partie qui y est soumise s'engage à saisir exclusivement un tribunal, tandis que l'autre partie peut saisir ce tribunal élu ou d'autres tribunaux, subjectivement ou objectivement déterminés. La Cour de cassation a d'abord analysé ces clauses sur le fondement de la potestativité<sup>481</sup>, ce qui a justement été critiqué<sup>482</sup>. Dans ses arrêts suivants<sup>483</sup>, le fondement juridique de la solution est devenue l'exigence de prévisibilité de la clause d'élection de for, que certains<sup>484</sup> ont pu affirmer tirée de l'exigence de précision posée par la Cour de Justice<sup>485</sup>. Toutefois, c'était ici sous l'angle de la licéité qu'était envisagée la question des clauses d'élection de for asymétriques<sup>486</sup>, ce que ne permettent pas les instruments européens<sup>487</sup>. Il nous semble au contraire qu'il soit possible d'analyser ces clauses du point de vue de la validité, et plus précisément à travers le déséquilibre significatif. En effet, plusieurs commentateurs ont relevé que ces clauses n'ont pas été sanctionnées car elles étaient imprévisibles<sup>488</sup> ou potestatives, mais qu'il s'agissait là d'un prétexte pour sanctionner le déséquilibre créé par la clause<sup>489</sup>, stipulée dans un contrat caractérisé par la soumission d'une partie (contrats bancaire ou de distribution)<sup>490</sup>. L'arrêt *Danne Holding* relève d'ailleurs précisément le « déséquilibre » créé par la clause d'élection de for dans un « *contrat d'adhésion* », même si la Cour de cassation

---

<sup>481</sup> Civ. 1ère 26 septembre 2012, n°11-26.022.

<sup>482</sup> V. not. D. Bureau, « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes », note sous civ. 1ère 26 septembre 2012, n°11-26.022, *Rev. crit. DIP* 2013. 256, n°6.

<sup>483</sup> Civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264 ; civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898 ; com. 11 mai 2017, n°15-18.758 ; civ. 1ère 7 février 2018, n°16-24.497 ; civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309.

<sup>484</sup> V. par exemple, J.-B. Racine, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 1333. Pour une critique, v. E. Treppoz, « L'imprévisibilité du juge élu », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 91, n°13-14.

<sup>485</sup> CJCE 9 novembre 2000, *Coreck Maritime c/ Handelsveem BV*, C-387/98, §15.

<sup>486</sup> E. Treppoz, « L'imprévisibilité... », *op. cit.*, n°9.

<sup>487</sup> CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, *op. cit.*, §§49-52.

<sup>488</sup> Surtout que le caractère prévisible ou imprévisible de ces clauses peut largement être remis en question. A ce sujet, v. not. M.-É. Ancel, L. Marion, « Clauses d'élection de for : le parcours du combattant », note sous civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898, *JCP E* 2016. 1087. Pour une vraie application de l'exigence de précision/prévisibilité, v. CA Lyon 22 mars 2022, *op. cit.*

<sup>489</sup> J.-B. Racine, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 1329 ; F. Mailhé, « Les clauses attributives de compétence asymétriques dans les relations d'affaires », *RDIA*, 2018. 422 ; F. Mailhé, « Une asymétrie peut en cacher une autre », note sous civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309, *JCP G* 2018. 1300 ; D. Sindres, « Retour... », *op. cit.*, n°40 ; M. Fabre-Magnan, *Droit...*, *op. cit.*, n°650. Comp. M.-É. Ancel, « A French Introspection », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 64 ; M.-É. Ancel, L. Marion, note sous com. 11 mai 2017, n°15-18.758, *JDI* 2017/4., comm. 18.

<sup>490</sup> J.-B. Racine, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 1326.

conclut son raisonnement en se basant sur l'objectif de prévisibilité<sup>491</sup>. Dans toutes les clauses asymétriques, un droit est accordé à la partie ayant imposé la clause : celui de saisir d'autres juridictions que celle qui est imposée à la partie n'ayant pu la négocier. Une telle asymétrie est-elle justifiable par la teneur des droits et obligations des parties ? Il est souvent avancé que l'asymétrie en faveur de la banque se justifie car elle lui permet de s'assurer qu'elle pourra assigner le débiteur devant les juridictions d'un Etat où il détient des actifs, afin de réduire les risques liés à la circulation internationale des jugements étrangers<sup>492</sup>. A supposer même qu'une telle justification soit possible<sup>493</sup>, on ne voit pas en quoi elle empêche d'ouvrir également ces options de compétence alternatives au débiteur qui lui, se voit obligé d'agir devant la juridiction du siège social de la banque à l'étranger<sup>494</sup>. Dès lors, les clauses asymétriques octroient bien un droit non réciproque à la partie imposant la clause à l'autre, sans que rien n'explique cette absence de réciprocité, ce qui pèse en faveur de l'existence d'un déséquilibre significatif.

**104.** Enfin, nous étudierons s'il existe un moyen de justifier l'existence d'un déséquilibre lié à une clause d'élection de for. Le premier argument qui pourrait être invoqué est celui du caractère habituel de ces clauses dans les contrats internationaux<sup>495</sup>. Le seul fait que les clauses d'élection de for soient habituelles dans les contrats internationaux ne permet toutefois probablement pas de justifier le déséquilibre significatif créé par n'importe quelle clause dans n'importe quel domaine du commerce international. Il faut se concentrer sur certains secteurs du commerce international. Ainsi, pourrait par exemple être invoqué en faveur d'une clause d'élection de for désignant un juge anglais son caractère habituel en matière maritime<sup>496</sup> pour justifier le déséquilibre significatif qu'elle créerait. Le caractère habituel des clauses asymétriques dans le domaine bancaire<sup>497</sup> pourrait pareillement être invoqué pour justifier le déséquilibre créé par elles. Si cela est un élément à prendre en compte, il ne nous semble pas que le seul caractère habituel de la clause puisse dans tous les cas justifier complètement le déséquilibre significatif dont elle est à l'origine : ce n'est pas parce qu'une

---

<sup>491</sup> Civ. 1ère 25 mars 2015, *op. cit.*

<sup>492</sup> C. Kleiner, « L'élection de for en matière bancaire et financière : entre clauses asymétriques, clauses modèles et quasi-règlementaires », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 47, spéc. p. 48 ; M. Keyes, B. A. Marshall, « Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical », *JPIL* 2015, vol. 11, p. 345, spéc. p. 364.

<sup>493</sup> L'argument tiré du risque inhérent à la circulation internationale des jugements nous semble quelque peu exagéré, à une époque où le contrôle des jugements étrangers se réduit de plus en plus (c'est en tout cas le mouvement en France) et où le Règlement Bruxelles 1 bis a supprimé l'exequatur au sein de l'Union européenne.

<sup>494</sup> Dans tous les arrêts sur lesquels s'est prononcée la Cour de cassation, le tribunal désigné était en effet celui du siège social de la partie ayant imposé à son cocontractant la clause d'élection de for asymétrique.

<sup>495</sup> V. par exemple, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit...*, *op. cit.*, n°158, relevant qu'elles sont « particulièrement prisé[es] ».

<sup>496</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°142.

<sup>497</sup> C. Kleiner, « L'élection... », *op. cit.*, p. 48.

clause est habituelle qu'elle n'est pas abusive. Il pourrait également être avancé que ces clauses, et notamment les clauses asymétriques, sont justifiées par une contrepartie. C'est ce qu'ont fait plusieurs auteurs, invoquant que les clauses d'élection de for asymétriques stipulées au profit des banques « *facilitent l'octroi de crédit et en réduisent largement le coût, en minimisant le risque que le créancier ne puisse pas obtenir l'exécution forcée de sa créance* »<sup>498</sup>, ce qui peut s'analyser comme une contrepartie. Une telle affirmation n'a toutefois jamais été démontrée<sup>499</sup> et nous semble d'ailleurs peu compatible avec la tendance actuelle de réduction du contrôle des jugements étrangers<sup>500</sup>. En réalité, ces clauses ne sont que « *des clauses de confort au profit des établissements bancaires et financiers* »<sup>501</sup> : elles leur accordent deux avantages (centralisation du contentieux en défense et bénéfice des règles de compétence objectives en attaque) minimisant leurs coûts juridictionnels tandis qu'elles imposent un désavantage à l'emprunteur (obligation de saisir le juge étranger élu) augmentant les siens, sans que cela ne soit compensé par une contrepartie d'aucune sorte.

**105.** Suite à cette analyse du déséquilibre créé par les clauses d'élection de for au regard des indices traditionnellement utilisés en cette matière, il nous faut ensuite déterminer s'ils suffisent à appréhender la spécificité des clauses d'élection de for à travers la proposition de deux autres indices.

## Section 2 – L'opportunité d'autres indices spécifiques aux clauses d'élection de for

**106.** Deux nouveaux indices pourraient notamment être envisagés pour évaluer le déséquilibre significatif créé par une clause d'élection de for : le lien entre le for élu et la situation litigieuse (§1) et l'existence d'une loi de police du for objectivement compétent (§2).

### *§1. L'existence ou l'absence de lien entre le for élu et la situation litigieuse*

**107.** Le premier indice qui pourrait être avancé pour déterminer si une clause d'élection de for crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties est l'analyse du lien qu'entretient le for élu avec la situation contractuelle. Le raisonnement n'est pas absurde : les règles de compétence objectives désignent toujours un tribunal qui entretient des

---

<sup>498</sup> *Ibid.*

<sup>499</sup> J.-B. Racine, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 1331.

<sup>500</sup> V. *supra*, n°103, spéc. note 493.

<sup>501</sup> J.-B. Racine, « Les clauses... », *op. cit.*, p. 1331.

liens avec le litige. Dès lors, désigner un tribunal dépourvu de tout lien avec la situation litigieuse crée le doute. Pourquoi vouloir se soustraire à la compétence du tribunal qui entretient des liens avec la situation litigieuse, alors qu'il est le plus à même d'avoir à connaître de ce litige (parce que les preuves sont localisées sur le territoire de l'Etat de ce tribunal, car c'est ici que le contrat a été exécuté, car au moins l'une des parties y est domiciliée<sup>502</sup> ...) ? L'attribution de compétence<sup>503</sup> à un tribunal délié de tout lien avec le litige exprime donc une méfiance à l'égard des juges objectivement compétents, voire la volonté délibérée d'échapper à leur pouvoir juridictionnel. Si elle est non négociable et que le tribunal désigné est par exemple connu pour sa lenteur et/ou sa complexité procédurale, il est possible d'invoquer qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

**108.** Avant de pouvoir consacrer un tel critère, il nous faut toutefois évaluer l'opportunité d'une telle consécration. D'abord, il pourrait être objecté que ce critère est redondant par rapport à ceux existants. En effet, lors de la comparaison avec la règle supplétive, il est déjà analysé si la clause d'élection de for ne complique pas le recours en justice de la partie qui y est soumise. Comme cela a été vu, cette analyse est réalisée à travers le coût de la procédure à l'étranger et l'éloignement du tribunal élu, ce qui permet de prendre en compte indirectement le lien qu'entretient l'Etat du juge désigné avec le litige (le juge sans lien avec le litige est éloigné, ce qui augmentera les coûts permettant de comparaître devant lui). Le lien entre le tribunal élu et le juge désigné n'est toutefois pas intégralement pris en charge par l'éloignement du tribunal élu et le coût de la procédure : supposons un contrat international de distribution entre un fournisseur français domicilié à Menton et un distributeur allemand domicilié à Munich, qui contient une clause imposée au fournisseur élisant les tribunaux de Vintimille en Italie. Le tribunal élu étant situé à moins de vingt kilomètres du domicile du fournisseur français, il est alors difficile d'argumenter que l'éloignement ou le coût de la procédure à l'étranger créent une entrave au droit d'agir en justice du fournisseur français, tel qu'analysée actuellement par les juges français et européen. Mais rien n'indique que les critères permettant d'apprécier cette restriction du droit d'agir en justice soient limitativement énumérés, il est donc potentiellement envisageable qu'un juge saisi en prene d'autres en compte, par exemple le lien entre le tribunal élu et le litige. Il nous semble toutefois que la prise en compte du lien entre le tribunal élu et le litige ne pourra jamais être officiellement consacrée

---

<sup>502</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°117.

<sup>503</sup> Au sens strict, selon la distinction opérée par V. Heuzé dans « Faut-il... », *op. cit.*

comme indice du déséquilibre significatif. Les juges français<sup>504</sup> et européen<sup>505</sup> ont tous les deux affirmé expressément la possibilité de désigner un for sans lien d'aucune sorte avec le litige. Il s'agit même d'une pratique courante<sup>506</sup> permettant de désigner un tribunal véritablement neutre par rapport aux parties au litige ou particulièrement réputé pour son expertise dans le domaine du contrat en cause (par exemple le juge anglais en matière maritime). La pratique étant unanimement acceptée par les juges français et européen, et largement louée en doctrine, il nous semble difficile d'invoquer l'absence de lien entre le juge désigné et le litige, même en tant qu'indice, pour démontrer l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

**109.** Peut-être est-il toutefois possible de prendre en considération la raison pour laquelle la clause d'élection de for a été stipulée, notamment lorsqu'elle a pour objectif d'échapper à l'application d'une loi de police.

## §2. *L'existence d'une loi de police au for objectivement compétent*

**110.** Selon l'arrêt *Monster Cable*, l'existence d'une loi de police française ne crée pas la compétence impérative du juge français<sup>507</sup> ; dès lors, la clause attributive de juridiction stipulée au profit du juge étranger est licite et peut produire ses effets. Cette solution, qui ne s'imposait pas<sup>508</sup>, permet aux parties de désigner un juge étranger pour éviter que ne leur soit appliquée une loi de police française. En bref, elle leur permet de « désactiver l'impérativité » des lois de police<sup>509</sup>. Il nous semble toutefois envisageable de « réactiver l'impérativité » des lois de police dans une certaine mesure via le déséquilibre significatif. L'hypothèse serait la suivante : au sein d'un contrat serait introduite une clause non négociable élisant un juge étranger faite pour échapper à l'application impérative d'une loi de police française. La tendance actuelle en matière de lois de police est celle des lois de police de « seconde génération » protectrices d'intérêts catégoriels et de parties faibles<sup>510</sup>. La clause d'élection de for permet ainsi précisément à la partie l'insérant dans le contrat d'éviter les conséquences de

---

<sup>504</sup> Com. 19 décembre 1978, *op. cit.*

<sup>505</sup> CJCE 17 janvier 1980, *Siegfried Zelger c/ Sebastiano Salinitri*, aff. 56/29, §4 ; CJCE 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c/ Les Gravières Rhénanes*, C-106/95, §34 ; CJCE 3 juillet 1997, *Francisco Benincasa c/ Dentalkit*, C-269/95, §28 ; CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, *op. cit.*, §50.

<sup>506</sup> T. Hartley, « Choice-of-Court... », *op. cit.*, p. 384

<sup>507</sup> Civ. 1ère 22 octobre 2008, *op. cit.*

<sup>508</sup> V. par exemple, B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n°72-9, proposant de lier impérativités législative et juridictionnelle.

<sup>509</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, « L'impérativité... », *op. cit.*

<sup>510</sup> D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°554.

ces dispositifs protecteurs. Empêcher la partie ne pouvant négocier le contrat de bénéficier de la protection qui lui est accordée nous semble créer un déséquilibre entre les parties puisque ces dispositifs ont précisément pour objectif de compenser l'asymétrie de la relation contractuelle<sup>511</sup>. Plus encore, il s'agit ici même de fraude à la loi, puisqu'il s'agit de « *volontairement modifie[r] le rapport de droit dans le but de le soustraire à la loi normalement compétente* »<sup>512</sup>. C'est d'ailleurs la fraude qu'envisage une autrice pour remédier à l'opportunisme inhérent à la solution *Monster Cable*<sup>513</sup>. Mais la caractérisation de la fraude n'est pas évidente puisqu'il est très difficile de démontrer l'élément moral<sup>514</sup> – que la clause a intentionnellement été stipulée pour éviter l'application d'une loi de police – surtout lorsque qu'elle a été insérée dans le contrat sans être négociée. De plus, la fraude n'intervient qu'*a posteriori* lors de la reconnaissance de la décision en France, ce qui n'est pas suffisant pour remédier aux dérives liées à la solution *Monster Cable*<sup>515</sup>. Une autre voie a pu être envisagée, celle de « *l'impérativité active* » des lois de police<sup>516</sup>. Cette solution créerait une compétence impérative des tribunaux français en présence d'une loi de police du for lorsque plusieurs conditions cumulatives seraient réunies : la compétence objective des tribunaux français, l'assurance que le juge élu n'appliquera pas la loi de police, que le juge français l'appliquerait au litige et qu'il y a un risque que le juge français n'ait jamais à connaître de l'exequatur de la décision étrangère<sup>517</sup>. Il s'agit là d'une solution originale permettant de nuancer l'absolutisme de l'arrêt *Monster Cable*. Il nous semble toutefois qu'elle est impossible à mettre en œuvre car elle repose sur la compétence impérative des tribunaux français, et donc sur l'illicéité de la clause d'élection de for<sup>518</sup>.

**111.** Une autre voie est alors envisageable, celle du déséquilibre significatif (qui est une question de validité). La stipulation d'une clause d'élection de for désignant un juge étranger alors qu'une loi de police française serait applicable au fond<sup>519</sup> pourrait servir d'indice d'un déséquilibre significatif entre les parties, sans qu'il ne soit besoin de démontrer l'intention de

---

<sup>511</sup> C'est d'ailleurs la raison pour laquelle se rencontrent beaucoup de lois de police en droit du travail et en droit de la consommation.

<sup>512</sup> Civ. 1ère 17 mai 1983, n°82-11.290 et 82-11.402.

<sup>513</sup> H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de polices ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess/Eleven International Publishing, 2010, p. 709, spéc. p. 720. V. déjà, H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation...*, *op. cit.*, n°364.

<sup>514</sup> Bureau, H. Muir Watt, *Droit...*, *op. cit.*, n°431.

<sup>515</sup> A ce sujet, v. *supra*, n°34.

<sup>516</sup> M.-N. Jobard-Bachellier, « Une impérativité... », *op. cit.*

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>518</sup> Alors que la Cour de cassation a depuis plusieurs fois réaffirmé qu'une loi de police ne crée pas de compétence impérative des tribunaux français. V. com. 24 novembre 2015, *op. cit.* ; civ. 1ère 18 janvier 2017, *op. cit.*

<sup>519</sup> Le raisonnement inverse est également envisageable (la stipulation d'une clause d'élection de for au profit du juge français pour faire échec à la loi de police du juge étranger objectivement compétent).

la partie ayant introduit cette clause non négociable au sein du contrat. Il nous faut ici anticiper les critiques qui pourraient être opposées à cette solution. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause toutes les clauses d'élection de for désignant un juge français dès lors qu'une loi de police du for serait applicable au fond du litige, puisqu'une première limite est posée par le champ d'application du déséquilibre significatif aux hypothèses où la clause n'a pas pu être négociée. De plus, le mécanisme ne pourrait être mis en œuvre que lorsque le juge français serait objectivement compétent en l'absence de la clause<sup>520</sup>. Ensuite, il faudrait s'assurer que la loi du contrat ou l'ordre public international du for élu<sup>521</sup> ne contient pas un mécanisme similaire permettant de contrôler le déséquilibre causé par une clause d'élection de for. Enfin, et surtout, il ne s'agirait là que d'un indice à considérer parmi d'autres et *in concreto* pour déterminer si la clause crée un déséquilibre significatif (étant entendu que la partie ayant introduit la clause aura toujours la possibilité de le justifier, même s'il est caractérisé). Il nous semble qu'il s'agisse là d'un bon compromis entre l'efficacité des clauses d'élection de for et celle des lois de police<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> C'est en effet notre hypothèse de départ. V. *supra*, n°18 s.

<sup>521</sup> On met de côté l'application de la loi de police française par le juge élu qui nous semble n'être que théorique (quitte à ce que la partie ayant imposé la clause démontre que le juge élu l'appliquerait bien).

<sup>522</sup> C'est d'ailleurs la solution adoptée par le Projet de Code de droit international privé dans son article 29 : « *La circonstance que le litige mette en jeu des lois de police françaises ne prive pas la clause de son efficacité, sous réserve que cette clause ne crée pas en elle-même un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

## CONCLUSION

**112.** Afin de conclure cette étude, il nous faut en rappeler l'objectif initial. Il s'agissait d'abord de déterminer si le droit international privé permettait l'analyse du déséquilibre significatif d'une clause d'élection de for. Il faut immédiatement préciser que le caractère processuel de la clause d'élection de for n'empêche pas cette analyse, puisque le déséquilibre significatif est une question de validité de la clause. Pareillement, l'autonomie matérielle de la clause est respectée par le mécanisme. Et sa prétendue autonomie juridique ne constitue pas un obstacle car les règles sur le déséquilibre significatif sont d'ordre public international. A la question de la possibilité de l'analyse, il nous faut apporter deux réponses différentes, liées à la multiplicité des règles applicables aux clauses d'élection de for. Sous l'empire du droit communautaire, il est très peu probable qu'un juge français non élu puisse apprécier le déséquilibre créé par une clause d'élection de for. En effet, la règle de conflit de systèmes prévue par le Règlement Bruxelles 1 bis, doublée d'une règle de litispendance spéciale aux clauses d'élection de for rendent quasi-nulle la possibilité de cette analyse. En droit conventionnel, cette analyse sera en revanche possible. Même si la Convention de La Haye contient également une règle de conflit de systèmes, l'analyse se justifie par la permission accordée au juge non-élu d'opposer son ordre public international à la validité de la clause d'élection de for et l'absence d'une règle de litispendance similaire à celle du Règlement Bruxelles 1 bis. En droit international privé commun, la solution sera identique, car les différentes règles de conflit envisagées pour la validité d'une clause d'élection de for – *lex contractus*, règles matérielles ou *lex fori* – permettent toutes le retour au droit français, en l'absence d'une règle de litispendance similaire à celle du Règlement Bruxelles 1 bis.

**113.** Il s'agissait ensuite de préciser l'analyse du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties causé par une clause d'élection de for. Cela nous a d'abord conduit à articuler les différents mécanismes sur le déséquilibre significatif et à expliciter un principe de non-cumul et de non-choix entre les différents mécanismes. Malgré les différences entre les mécanismes du Code civil, du Code de commerce et du Code de la consommation, ils partagent un même objet : sanctionner le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Ces différences peuvent en revanche s'expliquer par les objectifs distincts poursuivis par ces trois mécanismes. Il est possible de dégager une méthode d'analyse commune du déséquilibre significatif car les trois dispositifs sont applicables lorsqu'une même situation est

caractérisée : l'impossibilité de négocier, et donc la soumission d'un des contractants aux clauses imposées par l'autre. Cette méthode repose sur une appréciation *in concreto* de la relation contractuelle, à partir des deux indices principaux que sont la comparaison avec le droit supplétif et le caractère non réciproque du droit accordé à l'une des parties au contrat. Dans le cadre de l'analyse du déséquilibre créé par une clause d'élection de for, le premier indice consiste à analyser si la clause d'élection de for restreint l'accès au juge de la partie qui n'a pas pu la négocier, notamment au regard du coût du procès à l'étranger. Le second indice consiste à déterminer si la clause d'élection de for offre à la partie l'ayant introduite un droit de saisine dont ne bénéficie pas la partie qui y est soumise, ce qui permet une relecture du contentieux sur les clauses asymétriques. En toute hypothèse, un potentiel déséquilibre pourrait être justifié par la partie ayant introduit la clause d'élection de for, notamment si elle démontre qu'elle a en réalité été négociée, que la clause est habituelle dans le domaine d'activité considéré ou si ce déséquilibre est compensé par une contrepartie. En raison du particularisme des clauses d'élection de for, nous nous sommes finalement interrogés sur l'opportunité de consacrer de nouveaux indices du déséquilibre significatif, spécifiques à celles-ci, notamment le lien entre la situation litigieuse et le tribunal élu et l'existence d'une loi de police au for objectivement compétent. Si le deuxième indice nous semble envisageable et permettrait de réactiver dans une certaine mesure l'impérativité des lois de police, le premier est probablement à exclure, en raison du consensus actuel rejetant la nécessité d'un tel lien.

**114.** Au terme de l'étude, il nous est donc possible de formuler une proposition. Il nous semble indispensable d'introduire au sein du Règlement Bruxelles 1 bis un mécanisme permettant au juge, élu comme non-élu (ce qui suppose également de tempérer le mécanisme de litispendance spécifique aux clauses d'élection de for), de contrôler si une clause d'élection de for crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. L'idéal serait d'en faire une règle matérielle de validité au fond, permettant ainsi à la Cour de Justice d'interpréter uniformément et d'affiner progressivement la notion, en cohérence avec ce qu'elle a pu proposer pour la directive sur les clauses abusives.

**115.** Enfin, et à titre prospectif, il est envisageable d'utiliser le déséquilibre significatif à d'autres endroits du droit international privé, notamment en matière de choix de la loi applicable à un contrat. En cas de dépeçage, il est en effet possible pour la partie l'imposant d'échapper aux dispositions simplement impératives de l'une des lois désignées, dispositions pouvant accorder des droits protecteurs à la partie qui y est soumise. Au-delà de l'atteinte à l'autorité de la loi, cette clause en décalage avec le droit internationalement supplétif pourrait

être considérée comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

# BIBLIOGRAPHIE

## *I. Traités, manuels, monographies et thèses*

- B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006
- M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2020
- B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2018
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2021
- D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 1 – Partie générale*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021
- D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 2 – Partie spéciale*, 5<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021
- J. Carbonnier, *Droit civil : Tome 4 – Les obligations*, 22<sup>ème</sup> édition, PUF, 2000
- G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2018
- S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, 2021
- F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2018
- N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999
- O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, 2<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2018
- N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016
- M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>ème</sup> édition, PUF, 2021
- M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013
- A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2<sup>ème</sup> édition, Hachette, 1885
- H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965
- H. Gaudemet-Tallon, M.-É. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2018
- C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009

- C. Larroumet, S. Bros, *Traité de droit civil, Tome 3 : Les obligations, Le contrat*, 10<sup>ème</sup> édition, Economica, 2021
- Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013
- P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2020
- P. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2021
- P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy, *Droit international privé*, 12<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2019
- B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Editions Francis Lefebvre, 2016
- M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2020
- J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 2013
- A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, PUF, 2020
- P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, 2000
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2019
- J. Vogel, L. Vogel, *Le déséquilibre significatif*, 3<sup>ème</sup> édition, Bruylant, 2020

## **II. Articles, contributions et fascicules**

- L. Abadie, « Clause abusive et banque en ligne », *RD bancaire et fin.*, mai 2016, dossier 20
- F. Ancel, « La chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris », *RDA*, n°18, mai 2019, p. 14
- M.-É. Ancel, « A French Introspection », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 64
- M.-É. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *CCE* 2017/1, chron. 1
- L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018. 262
- H. Aubry, « Panorama de droit de la consommation : janvier 2019- décembre 2019 », *D.* 2020. 624
- B. Audit, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for » in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 171
- B. Audit, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25
- L. d'Avout, « La refonte du règlement Bruxelles 1 », *D.* 2013. 1014
- H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247

- M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015. 603
- M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016. 662
- M. Behar-Touchais, « Le nouveau déséquilibre significatif », *RDC* 2019/4. 37
- M. Behar-Touchais, « Impérativité internationale et droit des pratiques restrictives de concurrence », in S. Lemaire, L. Perreau-Saussine (dir.), *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 97
- J.-P. Beraudo, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles 1 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2013/3, doct. 6
- N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2. 394
- N. Blanc, « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *RDC* hors-série juin 2018. 20
- R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015. 335
- S. Bollée, C. Pérès, « Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre », *Rev. arb.* 2017/1. 93
- M. Boucaron-Nardetto, « L'impact de la réforme du droit commun des contrats sur la convention d'arbitrage », in L. Andreu, M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 459
- F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015. 1226
- A.-S. Choné-Grimaldi, « Sous-section 3 : Le contenu du contrat », in T. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Gualino, 2<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 132
- C. Cohen, « Les clauses d'élection de for dans les relations asymétriques, les leçons de l'affaire Facebook en droit de la consommation », *RDIA*, 2018. 408
- A.-S. Courdier-Cuisinier, « La réforme du droit des contrats a-t-elle sonné le glas du solidarisme contractuel ? », in *Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 617
- J.-M. Delpérier, G. Durand-Pasquier, « L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) », *JCP N* 2015. 1209
- N. Eréséo, « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations », in L. Andreu, M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 363
- B. Fauvarque-Cosson, « Le nouveau droit français des contrats dans la sphère internationale », in B. Fauvarque-Cosson, G. Wicker (dir.), *La réforme du droit français des contrats*, Société de législation comparée, 2019, p. 189
- D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016/2. 358

- D. Fenouillet, « Présentation générale », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020
- D. Fenouillet, « Domaine contractuel de la prohibition », in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 2020
- N. Ferrier, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur les contrats de distribution », in F. Barrière (dir.), *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, LexisNexis, 2017, p. 127
- M. de Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G* 2019. 581
- P. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. DIP 1966-1969*, p. 149
- S. Francq, « Les clauses d'élection de for dans le nouveau Règlement Bruxelles 1 bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 107
- S. Francq, « Impérativité en droit international des affaires : une stratégie et quelques idées européennes », in S. Lemaire, L. Perreau-Saussine (dir.), *L'imperativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Société de législation comparée, 2020, p. 61
- P. Franzina, « The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation », in P. Mankowski (dir.), *Research Handbook on The Brussels Ibis Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 95
- L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes », *Rev. crit. DIP* 2001. 1
- H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de polices ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess/Eleven International Publishing, 2010, p. 709
- S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », *CCC* 2016/5, dossier 5, p. 27
- T. Genicon, S. Harel, S. Larrière, « Première table ronde », in R. Mortier (dir.), *Les incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaire*, Dalloz, 2017, p. 41
- L. Gratton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016. 22
- P. Guez, « Une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger doit être mise en œuvre alors même qu'une loi de police française serait applicable », *Gaz. Pal.* 2009, n°52, p. 27
- J. Guillaumé, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014. 2121
- T. Guillebon, « Contrat d'adhésion – L'application du dispositif du Code civil aux contrats du commerce électronique », *JCP E* 2017. 1454
- T. Hartley, « Choice-of-Court Agreements, Lis Pendens, Human Rights and the Realities of International Business: Reflections on the Gasser Case », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 383

- V. Heuzé, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 295
- V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP* 2020. 31
- Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI* 2018/2, var. 2
- A. Hontebeyrie, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016. 2180
- A. Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux – Règles communes à la compétence internationale et à la compétence privilégiée des tribunaux français – Clauses attributives de juridiction », *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 581-41, 2020
- M.-N. Jobard-Bachellier, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 345
- M. Keyes, B. A. Marshall, « Jurisdictions agreements: exclusive, optional and asymmetrical », *JPIL* 2015, vol. 11, p. 345
- C. Kleiner, « L'élection de for en matière bancaire et financière : entre clauses asymétriques, clauses modèles et quasi-règlementaires », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 47
- K. Lafaurie, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453
- S. Lequette, « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018. 541
- L. Leveneur, M. Leveneur-Azémar, « L'article 1171 du Code civil : double regard sur son champ d'application en droit interne et en droit comparé », *RDA*, n°20, octobre 2020, p. 144
- F.-X. Licari, « Contrat – Contenu du contrat – Déséquilibre significatif », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 50, 2017
- U. Magnus, « Article 25 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *European Commentaries on Private International Law: Commentary, Brussels Ibis Regulation*, Ottoschmidt, 2016, p. 583
- F. Mailhé, « Les clauses attributives de compétence asymétriques dans les relations d'affaires », *RDIA*, 2018. 422
- D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La protection des professionnels contre les clauses abusives*, Economica, 1998, p. 33
- D. Mazeaud, « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 518.
- D. Mazeaud, « La justice contractuelle dans la réforme du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2019, p. 377

- D. Mazeaud, T. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276
- M. Mekki, « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, p. 11
- M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018. 900
- L. Merrett, « Interpreting non-exclusive jurisdiction agreements », *JPIL* 2018, vol. 14, p. 38
- E. Mouial Bassilana, « Abus de dépendance et clauses abusives », in M. Latina (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 53
- 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*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 107
- A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles 1 », *Rev. crit. DIP* 2013. 52
- A. Nuyts, « Owusu, Gasser, Turner and West Tankers – Is the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements the Solution? », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 191
- L. Pailler, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 33
- E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807
- C. Pérès, « Règles impératives et supplétives », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 171
- J.-B. Racine, « Les clauses d'élection de for asymétriques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ/Iprolex, 2018, p. 1323
- B. Rémy, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011/1, doct. 2
- T. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015. 1217
- T. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC* hors-série avril 2016. 5
- T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016. 1771
- T. Revet, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018. 124
- A. Reygobellet, « Le déséquilibre significatif », *BJS*, 2016. 534
- D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2015. 787

J.-F. Spitz, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d’Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007. 281

P. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives: on attendait Grouchy... », *Dr. et patr.*, oct. 2014, p. 56

P. Stoffel-Munck, « Le contenu du contrat, la révolution des clauses abusives », in J. Cartwright, B. Fauvarque-Cosson, S. Whittaker (dir.), *La réécriture du Code civil : le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 149

E. Treppoz, « L’imprévisibilité du juge élu », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 91

L. Usunier, « Le Règlement Bruxelles I bis et la théorie de l’abus de droit », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 449

L. Usunier, « Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l’article 25§1 du Règlement Bruxelles I bis », in G. Affaki, H. Grigera Naón (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015, p. 158

L. Usunier, « Réforme du droit commun des contrats et détermination de la loi applicable aux contrats de distribution », *RLDA* 2016 n°117, suppl. juillet/août 2016, p. 13

S. Vrellis, « The Validity of Choice of Court Agreements under the Hague Convention of 2005 », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Schulthess/Eleven International Publishing, 2010, p. 763

### **III. Notes et commentaires de jurisprudence**

M.-É. Ancel, « Clair-obscur sur les clauses d’élection de for asymétriques », note sous civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264, *Banque & Droit*, 2015, n°163, p. 4

M.-É. Ancel, L. Marion, « Clauses d’élection de for : le parcours du combattant », note sous civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898, *JCP E* 2016. 1087

M.-É. Ancel, L. Marion, note sous com. 11 mai 2017, n°15-18.758, *JDI* 2017/4., comm. 18

M.-É. Ancel, L. Marion, obs. sous civ. 1ère 7 février 2018, n°16-24.497 et civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309, *JDI* 2018/4, comm. 16

M. Behar-Touchais, « La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. A propos du non-cumul entre l’article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l’article 1171 du Code civil », note sous com. 26 janvier 2022, n°20-16.782, *JCP G* 2022. 788

S. Bernheim-Desvaux, « Confirmation expresse de la distinction entre SCI professionnel de l’immobilier et SCI professionnel de la construction », note sous civ. 3ème 7 novembre 2019, n°18-23.259, *CCC* 2020/1, comm. 13

D. Bureau, « De l’opposabilité d’une clause attributive de juridiction insérée dans des conditions générales contractuelles », note sous com. 21 février 2012, n°11-16.156, *Rev. crit. DIP* 2012. 630

D. Bureau, « Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes », note sous civ. 1ère 26 septembre 2012, n°11-26.022, *Rev. crit. DIP* 2013. 256

D. Bureau, « L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? », note sous com. 8 juillet 2020, n°17-31.536, *Rev. crit. DIP* 2020. 839

D. Bureau, H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », à propos de civ. 1ère 22 octobre 2008, n°07-15.823, *Rev. crit. DIP* 2009. 1

D. Bureau, H. Muir Watt, « Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu », obs. sous com. 24 novembre 2015, n°14-14.924 et civ. 1ère 18 janvier 2017, n°15-26.105, *Rev. crit. DIP* 2017. 269

J. Clavel-Thoraval, « Une remise en cause espérée de l'effet négatif du principe de compétence-compétence : le droit fondamental d'accès à la justice enfin pris en compte ! », note sous civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241, *RLDA* 2020, n°165, p. 14

H. Gaudemet-Tallon, « De la loi applicable à la validité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance », note sous civ. 1ère 3 décembre 1991, n°90-10.078, *Rev. crit. DIP* 1992. 340

F. Mailhé, « Une asymétrie peut en cacher une autre », note sous civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309, *JCP G* 2018. 1300

L. Marion, « Regard du juge français sur la clause attributive de juridiction des conditions générales de Facebook », note sous CA Paris 12 février 2016, n°15/08624, *JCP E* 2016. 1309

D. Mouralis, « Arbitrage international : éviction de l'effet négatif de la compétence-compétence au profit du consommateur », note sous civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241, *D.* 2020. 2501

S. Tisseyre, « Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun », note sous com. 26 janvier 2022, n°20-16.782, *D.* 2022. 539

L. Usunier, « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques », obs. sous civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264 et civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898, *RTD civ.* 2015. 844

L. Usunier, « La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres » note sous CA Paris 12 février 2016, n°15/08624, *RTD civ.* 2016. 310

#### ***IV. Ressources numériques***

J.-P. Ancel *et al.*, *Projet de Code de droit international privé*, 2022 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : [http://www.cfdip.fr/offres/file\\_inline\\_src/717/717\\_pj\\_120422\\_114420.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/file_inline_src/717/717_pj_120422_114420.pdf)

J.-P. Ancel *et al.*, *Rapport du groupe de travail sur le Projet de Code de droit international privé*, 2022 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : [http://www.cfdip.fr/offres/file\\_inline\\_src/717/717\\_pj\\_040422\\_195836.pdf](http://www.cfdip.fr/offres/file_inline_src/717/717_pj_040422_195836.pdf)

T. Hartley, M. Dogauchi, *Rapport explicatif sur la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, 2013 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>

D. Mainguy, « Clauses abusives », in D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Etudes Teutates, 2016 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : [https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob\\_333750\\_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf](https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_333750_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf)

Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République sur l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2016 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2016/02/Rapport\\_relatif\\_%C3%A0\\_l'ordonnance\\_n%C2%B0\\_2016-131\\_du\\_10\\_f%C3%A9vrier\\_2016.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2016/02/Rapport_relatif_%C3%A0_l'ordonnance_n%C2%B0_2016-131_du_10_f%C3%A9vrier_2016.pdf)

Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*, 2019 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : [https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=5Ma2PrHxnC95\\_gRa\\_x-vmF7keSMQViF74bEc9E60b0c=](https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=5Ma2PrHxnC95_gRa_x-vmF7keSMQViF74bEc9E60b0c=)

F. Pillet, *Rapport n°22 sur le Projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017 (consulté le 25 mai 2022), disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/117-022/117-0221.pdf>

## **V. Liste des arrêts cités**

### *V. 1. Cour de Justice de l'Union européenne (anciennement Cour de Justice des Communautés européennes)*

CJCE 17 janvier 1980, *Siegfried Zelger c/ Sebastiano Salinitri*, aff. 56/29

CJCE 24 juin 1981, *Elefanten Schuh c/ Pierre Jacquemain*, aff. 150/80

CJCE 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c/ Les Gravières Rhénanes*, C-106/95

CJCE 3 juillet 1997, *Francisco Benincasa c/ Dentalkit*, C-269/95

CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali c/ Hugo Trumpy*, C-159/97

CJCE 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade et al. c/ Bernard Leloup et al.*, C-369/96 et C-376/96

CJCE 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial c/ Rocio Murciano Quintero et al.*, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 et C-244/98

CJCE 9 novembre 2000, *Coreck Maritime c/ Handelsveem BV*, C-387/98

CJCE 15 mars 2001, *André Mazzoleni c/ Inter Surveillance Assistance*, C-165/98

CJCE 22 novembre 2001, *Cape c/ Idealservice et Idealservice c/ OMAI*, C-541/99 et C-542/99

CJCE 9 décembre 2003, *Erich Gasser c/ MISAT*, C-116/02

CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM c/ Erzsébet Sustikné Györf*, C-243/08

CJUE 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing c/ Ferenc Schneider*, C-137/08

CJUE 14 mars 2013, *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11

CJUE 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) c/ Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12

CJUE 14 novembre 2013, *Banco Popular Español c/ Maria Theodolinda Rivas Quichimbo et al. et Banco de Valencia c/ Joaquin Valldeperas Tortosa et al.*, C-537/12 et C-116/13

CJUE 16 janvier 2014, *Constructora Principado c/ José Ignacio Menéndez Álvarez*, C-226/12

CJUE 25 janvier 2018, *Maximilian Schrems c/ Facebook Ireland Limited*, C-498/16

CJUE 3 avril 2019, *Aqua Med c/ Irena Skóra*, C-266/18

CJUE 3 octobre 2019, *Jana Petruchová c/ FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18

CJUE 9 juillet 2020, *NG et OH c/ SC Banca Transilvania*, C-81/19

CJUE 18 novembre 2020, *Ryanair DAC c/ DelayFix*, C-519/19

## V. 2. Conseil constitutionnel

C. const. 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC

C. const. 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC

## V. 3 Cour de cassation

### V. 3. 1. Chambre civile

civ. 5 décembre 1910, *JDI* 1912. 1156

civ. 19 février 1930, *S.* 1931. 1. 1, note J.-P. Niboyet

### V. 3. 2. Première chambre civile

civ. 1ère 30 octobre 1962, n°61-11.306  
civ. 1ère, 26 novembre 1974, n°73-13.820  
civ. 1ère 17 mai 1983, n°82-11.290 et 82-11.402  
civ. 1ère 17 décembre 1985, n°84-16.338  
civ. 1ère 14 mai 1991, n°89-20.999  
civ. 1ère 3 décembre 1991, n°90-10.078  
civ. 1ère 30 juin 1992, n°90-21.491  
civ. 1ère 20 décembre 1993, n° 91-16.828  
civ. 1ère 24 janvier 1995, n°92-18.227  
civ. 1ère 16 février 1999, n°96-19.469  
civ. 1ère 12 juillet 2001, n°98-21.591  
civ. 1ère 1er février 2005, n°03-13.779  
civ. 1ère 4 octobre 2005, n°02-12.959  
civ. 1ère 14 novembre 2006, n°04-15.646  
civ. 1ère 20 février 2007, n°05-14.082  
civ. 1ère 22 octobre 2008, n°07-15.823  
civ. 1ère 2 avril 2009, n°08-11.596  
civ. 1ère 8 juillet 2010, n°07-17.788  
civ. 1ère 26 septembre 2012, n°11-26.022  
civ. 1ère, 28 janvier 2015, n°13-50.059  
civ. 1ère 25 mars 2015, n°13-27.264  
civ. 1ère 7 octobre 2015, n°14-16.898  
civ. 1ère 6 juillet 2016, n°15-21.811  
civ. 1ère 18 janvier 2017, n°15-26.105  
civ. 1ère 29 mars 2017, n°15-27.231  
civ. 1ère 7 février 2018, n°16-24.497  
civ. 1ère 15 mai 2018, n°17-17.546  
civ. 1ère 3 octobre 2018, n°17-21.309  
civ. 1ère 30 septembre 2020, n°18-19.241  
civ. 1ère 30 mars 2022, n°19-17.996

civ. 1ère 20 avril 2022, n°20-16.316

### V. 3. 3. Troisième chambre civile

civ. 3ème 17 décembre 2015, n°14-13.523

civ. 3ème 4 février 2016, n°14-29.347

civ. 3ème 15 février 2018, n°17-11.329

civ. 3ème 7 novembre 2019, n°18-23.259

### V. 3. 4. Chambre commerciale, financière et économique

com. 19 décembre 1978, n°76-15.121

com. 26 mai 1992, n°90-17.352

com. 16 mars 2010, n°08-21.511

com. 21 février 2012, n°11-16.156

com. 3 mars 2015, n°13-27.525

com. 3 mars 2015, n°14-10.907

com. 27 mai 2015, n°14-11.387

com. 24 novembre 2015, n°14-14.924

com. 16 février 2016, n°14-25.146

com. 12 avril 2016, n°13-27.712

com. 25 janvier 2017, n°15-23.547

com. 11 mai 2017, n°15-18.758

com. 20 novembre 2019, n°18-12.823

com. 15 janvier 2020, n°18-10.512

com. 8 juillet 2020, n°17-31.536

com. 31 mars 2021, n°19-16.214

com. 26 janvier 2022, n°20-16.782

com. 16 mars 2022, n°19-17.875

## V. 4. *Juridictions d'appel*

### V. 4. 1. Cour d'appel de Caen

CA Caen 31 mars 2022, n°20/01120

V. 4. 2. Cour d'appel de Grenoble

CA Grenoble 17 novembre 2020, n°18/02810

CA Grenoble 31 mars 2022, n°20/04209

V. 4. 3. Cour d'appel de Limoges

CA Limoges 5 avril 2016, n°15/00002

V. 4. 4. Cour d'appel de Lyon

CA Lyon 17 juin 2014, n°14/07438

CA Lyon 18 mars 2021, n°21/02328

CA Lyon 29 avril 2021, n°18/04864

CA Lyon 22 mars 2022, n°21/06907

V. 4. 5. Cour d'appel de Paris

CA Paris 15 mai 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 690, note H. Batiffol

CA Paris, 5 juill. 1989, *JDI* 1990. 151, obs. A. Huet

CA Paris 12 décembre 2013, n°11/18274

CA Paris, 12 février 2016, n°15/08624

CA Paris 29 juin 2016, n°14/03922

CA Paris, 21 septembre 2016, n°14/06802

CA Paris 22 février 2017, n°16/17924

CA Paris 18 mai 2017, n°15/07775

CA Paris 19 avril 2017, n°15/24221

CA Paris 11 septembre 2018, n°16/19913

CA Paris 5 décembre 2018, n°18/18095

CA Paris 21 mai 2019, n°17/07210

CA Paris 4 juillet 2019, n°19/08038

CA Paris 2 juin 2020, n°17/18900

CA Paris 3 juin 2020, n°19/20734

CA Paris 1<sup>er</sup> juillet 2021, n°19/04035

CA Paris 24 janvier 2022, n°20/05711

CA Paris 16 février 2022, n°21/10448

CA Paris 11 mars 2022, n°20/01435

#### V. 4. 6. Cour d'appel de Poitiers

CA Poitiers, 29 novembre 2011, n°10/03500

#### V. 4. 7. Cour d'appel de Reims

CA Reims 15 mars 2022, n°21/00568

#### V. 4. 8. Cour d'appel de Versailles

CA Versailles 22 novembre 2018, n°18/00438

#### *V. 5. Décisions de première instance*

TGI Paris 7 août 2018, n°14/07300

T. com. Paris 13 octobre 2020, n°2017005123

#### *V. 6. Décisions étrangères*

Cour de cassation (Belgique) 8 février 2019, n°C.18.0354.N

# TABLE DES MATIÈRES

<b>AVERTISSEMENT .....</b>	<b>2</b>
<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>4</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>5</b>
<b>ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>7</b>
<b>PARTIE 1 – LA POSSIBILITÉ POUR LE JUGE FRANÇAIS D’APPRÉCIER LE DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR UNE CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....</b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 1 – La possibilité pour le juge français d’avoir à connaître d’une clause d’élection de for : les conflits de juridictions .....</b>	<b>11</b>
Section 1 – La connaissance <i>a priori</i> de la clause d’élection de for par le juge français .	12
§1. L’articulation des droits communautaire, conventionnel, et commun .....	12
§2. La compétence directe du juge français .....	16
Section 2 – Les facteurs de complexité.....	19
§1. Le mécanisme de la litispendance .....	19
§2. La connaissance <i>a posteriori</i> de la clause d’élection de for par le juge français.....	22
<b>Chapitre 2 – La possibilité d’apprécier une clause d’élection de for en vertu du droit français : les conflits de lois .....</b>	<b>27</b>
Section 1 – Les questions préalables à la détermination de la loi applicable à la clause d’élection de for : le particularisme des clauses d’élection de for .....	27
§1. Le déséquilibre significatif créé par la clause attributive de juridiction, question de validité de la clause .....	28
§2. L’indifférence de l’autonomie de la clause d’élection de for.....	34
Section 2 – La loi applicable à la validité de la clause d’élection de for .....	39
§1. En droit communautaire .....	39
§2. En droit conventionnel .....	43
§3. En droit commun.....	49
<b>PARTIE 2 – L’ANALYSE DU DÉSÉQUILIBRE CRÉÉ PAR LA CLAUSE D’ÉLECTION DE FOR : LES OUTILS DE DROIT INTERNE.....</b>	<b>51</b>

<b>Chapitre 1 – La cohérence des différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre significatif .....</b>	<b>52</b>
Section 1 – L’articulation des dispositifs existants.....	52
§1. Les champs d’application des différents dispositifs.....	52
§2. L’inexistence d’un droit d’option ou de cumul entre les différents dispositifs.....	57
Section 2 – La convergence des trois mécanismes de lutte contre le déséquilibre significatif .....	62
§1. La canalisation des trois dispositifs à une situation identique : l’impossibilité de négocier .....	62
§2. L’appréciation similaire du déséquilibre significatif dans les trois dispositifs .....	66
 <b>Chapitre 2 – L’analyse du déséquilibre significatif.....</b>	<b>70</b>
Section 1 – Les indices traditionnels permettant de déceler le déséquilibre significatif ..	70
§1. La présentation des indices traditionnels.....	70
§2. L’application de ces indices au contentieux des clauses d’élection de for .....	75
Section 2 – L’opportunité d’autres indices spécifiques aux clauses d’élection de for .....	80
§1. L’existence ou l’absence de lien entre le for élu et la situation litigieuse.....	80
§2. L’existence d’une loi de police au for objectivement compétent.....	82
 <b>CONCLUSION.....</b>	<b>85</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>88</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>102</b>