

Repères jurisprudentiels européens sur l'efficacité des conventions attributives de juridiction incluses dans les conditions générales d'affaires

*Elena Alina OPREA**

An Overview of the European Case-law Regarding the Efficacy of Jurisdiction Agreements Included in General Standardized Forms

Jurisprudencia europea sobre la eficacia de los convenios de jurisdicción incluidos en las condiciones generales de comercio

Marcos jurisprudenciais europeus sobre a eficácia dos pactos atributivos de jurisdição incluídos nas condições gerais de negócios

关于通用商业条件中管辖权协议效力问题的欧洲判例概览

Résumé

La compétence fondée sur les accords d'élection de for joue un rôle important dans les relations d'affaires, tant internes qu'internationales. Dans le contexte des exigences règlementaires strictes tendant à garantir le consentement réel des parties, l'efficacité de ces

Abstract

The jurisdiction based on choice of forum agreements plays an important role in business relations, both in national and international contracts. Nevertheless, in the context of strict legal requirements aimed to insure the real consent of the parties, the efficacy of

* L'auteure est maître de conférences junior à l'Université Babeş-Bolyai de Cluj Napoca, Roumanie. Elle est docteure en droit depuis 2011, avec une thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas Paris II sous la direction du professeur émérite Bernard Audit. La présente étude a été réalisée avec le support financier de l'Université Babeş-Bolyai, à travers la subvention de recherche « L'efficacité des conventions attributives de juridiction dans l'espace européen » (GTC – 31804/2016).

accords risque d'être affectée lorsqu'au moins l'un des partenaires utilise des conditions générales d'affaires. Appelée à répondre à des questions préjudicielles sur interprétation des textes européens pertinents – l'article 17 de la Convention de Bruxelles ou l'article 23 du Règlement 44/2001, devenu article 25 du Règlement 1215/2012 –, la Cour européenne de justice a apporté des clarifications généreuses sur leur régime dans les États membres de l'Union européenne, dont la révision illustrera un éventail complexe de solutions, à la hauteur des défis soulevés.

Resumen

La competencia basada en los acuerdos de elección de foro juega un papel importante en las relaciones comerciales nacionales e internacionales. En el contexto de las estrictas exigencias reglamentarias que tienden a garantizar el consentimiento real de las partes, la eficacia de esos acuerdos puede verse afectada cuando al menos uno de los asociados utiliza las condiciones generales de comercio. Llamado a responder a las cuestiones prejudiciales concernientes a la interpretación de los textos europeos pertinentes – el artículo 17 de la Convención de Bruselas o el artículo 23 del Reglamento 44/2001, actualmente artículo 25 del Reglamento 1215/2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proporcionado abundantes aclaraciones sobre su régimen en los Estados miembros de la Unión Europea, cuya revisión ilustrará una compleja gama de soluciones acorde con los desafíos planteados.

these agreements risks being affected when one or both partners are using standard business terms. Seized with preliminary questions regarding the interpretation of the European pertinent texts – article 17 of the Brussels Convention or article 23 of Brussels I Regulation, replaced now by article 25 of Regulation 1215/2012 –, the European Court of Justice offered generous clarifications in this field, whose review is likely to illustrate a complex range of solutions, fitted to the challenges raised.

Resumo

A competência fundada sobre os acordos de eleição de foro desempenha papel importante nas relações de negócios, tanto internas quanto internacionais. No contexto das exigências regulamentares estritas que tendem a garantir o consentimento real das partes, a eficácia desses acordos está sujeita a ser afetada quando ao menos um dos parceiros utiliza condições gerais de negócios. Chamada a responder a questões preliminares sobre a interpretação dos textos europeus pertinentes – o artigo 17 da Convenção de Bruxelas ou o artigo 23 do Regulamento 44/2001, que se tornou artigo 25 do Regulamento 1215/2012 –, a Corte europeia de justiça trouxe esclarecimentos generosos sobre seu regime nos estados membros da União Europeia, cuja revisão ilustrará um leque complexo de soluções, à altura dos desafios levantados.

摘要

以协议方式选择管辖权在国内和国际商事关系中扮演着重要角色。但是，随着确保当事人真实同意的法律要求愈发严格，若一方使用通用商业条件，则该等协议的效力可能受到影响。在就相关欧洲法律文本，即《布鲁塞尔公约》第17条或第44/2001号条例第23条（后成为第1215/2012号条例第25条）的解释这一先决问题的答复中，欧洲法院详细地澄清了这一制度在欧盟成员国的适用，阐明了多种解决办法以适应面临的挑战。

Plan de l'article

Introduction	167
I. Les conditions générales d'affaires et l'exigence de l'écrit	174
A. Clauses attributives de juridiction figurant dans les conditions standardisées imprimées sur le verso du contrat.....	176
B. Clauses attributives de juridiction figurant dans des documents externes au contrat.....	181
1. Le renvoi figurant dans le document signé.....	181
2. La communication des conditions générales	182
II. Les conditions générales d'affaires et l'exigence de la convention verbale avec confirmation écrite	186
A. L'accord verbal	187
B. La confirmation écrite.....	188
III. Les conditions générales d'affaires et les conventions attributives de juridiction assumées dans une forme conforme aux habitudes des parties ou aux usages du commerce international	192
IV. Conditions générales d'affaires en forme électronique	196
Conclusion	198

Expression du principe de l'autonomie de la volonté en matière procédurale¹, les conventions d'élection de la juridiction compétente sont un élément extrêmement fréquent dans l'architecture de tous les contrats professionnels, nommés ou innommés. Elles ont une utilité pratique indubitable, permettant aux parties la désignation d'une juridiction convenable eu égard à leurs intérêts², garantissant la prévisibilité en empêchant l'effet de surprise suivant le choix de la compétence de juridiction par le demandeur en cas de litige³; de même, elles peuvent apporter plus de certitude quant au droit finalement applicable au contrat⁴ et facilitent dans les

¹ Leur particularité est représentée par leur effet, qui est double : les conventions attributives de juridiction impliquent la prorogation de la compétence de la juridiction élue pour la résolution des litiges entre les parties et évitent, par la même occasion, l'intervention à cet égard d'autres juridictions qui seraient normalement compétentes. Sur le détail des effets de prorogation et de dérogation des conventions d'élection de for, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Matières civile et commerciale*, 5^e éd., L.G.D.J., 2015, p. 169 et suiv., n° 153 et suiv.; Ulrich MAGNUS et Peter MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation – Commentary*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 664 et suiv., n° 163 et suiv.

² Ce caractère « convenable » peut être établi en tenant compte, par exemple, des aspects d'ordre géographique, culturel ou linguistique, ou encore des aspects tenant à la qualification particulière des juges ou à la volonté d'éviter des juges potentiellement corruptibles.

³ Il est bien connu qu'en Europe, dans le système du *Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (J.O.U.E. n° L 351, 20.12.2012, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32012R1215>> (consulté le 1^{er} décembre 2017) (ci-après « Règlement »), le demandeur jouit de la liberté de choisir entre les instances de l'État du domicile du défendeur (article 4.1) ou, en matière contractuelle, celles de l'État de l'exécution de l'obligation litigieuse (article 7.1).

⁴ Même si cette prévisibilité est normalement assurée à travers les clauses de choix du droit applicable (clauses d'*electio juris*), le jeu de la *lex voluntatis* peut en pratique être limité par l'intervention des lois de police (sur celles-ci et leur applicabilité dans l'espace européen, voir notre ouvrage *Droit de l'Union européenne et lois de police*, Paris, L'Harmattan, 2015). L'incidence de ces dernières n'est toutefois pas la même lorsqu'elles appartiennent à l'ordre juridique de la juridiction saisie ou à un État tiers; ainsi, tenant compte de la distinction consacrée par l'article 9 par. 2 et 3 du Règlement Rome I (*Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, J.O.U.E. n° L 177, 4.7.2008, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)) entre les lois de police du for et les lois de police d'un autre État, un choix judiciaire de la juridiction compétente peut représenter pour les parties une manière d'éviter l'application des normes impératives indésirables.

opérations complexes la concentration du contentieux devant une seule juridiction⁵.

Dans l'Union européenne, pour les relations privées avec éléments d'étranéité, les accords d'*electio fori* sont soumis à une réglementation uniforme, les principales règles qui jalonnent leur régime étant aujourd'hui établies par l'article 25 du *Règlement européen 1215/2012 (Bruxelles I bis) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*⁶ (ci-après le «Règlement»). Le texte jouit d'une application large, intervenant chaque fois que les parties, quel que soit leur domicile, en Europe ou dans le monde, ont élu les juridictions d'un État membre de l'Union pour se prononcer sur leur dispute⁷; cela soutient l'intérêt de la connaissance du régime existant non seulement par les professionnels et les avocats européens, mais par tous ceux qui ont des

⁵ En détail sur l'utilité des conventions d'élection de for, voir Denis MOURALIS, « Clause attributive de juridiction », dans Jacques MESTRE et Jean-Christophe RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011, p. 113; Sylvette GUILLEMARD, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et européen », (2004) 8.2 *Electronic Journal of Comparative Law*, en ligne: <<http://www.ejcl.org/82/art82-1.html>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), pt. 1.1.1.

⁶ Préc., note 3. Ce règlement réforme et remplace, à partir du 10 janvier 2015, le Règlement 44/2001 (*Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.O.U.E. n° L 012 16.1.2001, en ligne: <<https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/2001R0044-idx.htm>> (consulté le 1^{er} décembre 2017) (ci-après «Règlement 44/2001») qui, à son tour, s'est substitué dans les États membres de l'UE, à partir du 1^{er} mars 2002, à la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (J.O.U.E. n° L 299 31.12.1972, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>> (consulté le 1^{er} décembre 2017) (ci-après «Convention de Bruxelles»). Puisque la jurisprudence de la Cour européenne de justice évoquée dans la présente étude est presque exclusivement consacrée aux articles 23 du Règlement 44/2001 et 17 de la Convention de Bruxelles et sa pertinence pour l'interprétation et l'application de l'article 25 du Règlement 1215/2012 est indiscutable, nous allons parfois nous limiter, dans ce qui suit, à la seule mention du texte original qui a fait l'objet de l'interprétation par la Cour.

⁷ Sur cette extension, opérée à l'occasion des réformes de 2012, voir Peter MANKOWSKI, « The Role of Party Autonomy in the Allocation of Jurisdiction in Contractual Matters », dans Franco FERRARI et Francesca RAGNO (dir.), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padoue, Wolters Kluwer (CEDAM), 2015, p. 97, aux pages 99-100.

clients ou des partenaires d'affaires en Europe et qui sont ainsi confrontés au problème de l'efficacité d'une convention attributive de juridiction en faveur des instances de l'un des États membres de l'Union. Par ailleurs, même si les différents codes nationaux de procédure civile consacrent des textes ayant le même objet (tels les articles 1066 et 1067 du Code roumain de procédure civile⁸), en raison de la primauté dont jouit le droit européen face au droit national, ceux-ci ne pourront jamais être utilisés en matière civile et commerciale⁹, sauf en cas de renvoi prévu par le texte européen même¹⁰.

Les normes existantes reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté¹¹, mais le cadre de son expression est resté assez sommaire. La

⁸ *Loi n° 134/2010 sur le Code de procédure civile*, en ligne : <<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/140271>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

⁹ Par ailleurs, la situation est identique en matière du droit de la famille et des successions, où le législateur européen a consacré également des solutions spécifiques, ayant une application prioritaire face aux normes nationales : en matière de responsabilité parentale, voir l'article 12 du *Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*, J.O.U.E. L n° 338, 23.12.2003 ; en matière d'obligations alimentaires, voir les articles 4 et 5 du *Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*, J.O.U.E. L n° L 7, 10.1.2009 ; en matière successorale, voir l'article 5 du *Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, J.O.U.E. L n° L 201, 27.7.2012 (disponibles en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)).

¹⁰ Sur le rôle réservé aux réglementations nationales en la matière et leur articulation avec les exigences européennes, voir Adrian BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, n° 7.12 et 7.25. À l'effet que les normes européennes suppriment tout rôle des normes nationales, voir Louise MERRETT, « Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements », (2009) 58-3 *ICLQ* 545 ; cette dernière position est toutefois contredite par le législateur européen qui, à l'occasion de la réforme du Règlement 44/2001, a introduit une norme spécifique renvoyant aux droits nationaux pour des aspects tenant à la validité substantielle des clauses attributives de juridiction et non réglés par les normes européennes.

¹¹ Voir l'article 25(1) du Règlement (préc., note 3) : « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre.

clarification du régime des conventions d'élection de for s'est produite progressivement dans le temps, spécialement à travers la contribution significative de la Cour de justice. Les règles jurisprudentielles ne supplantent pas la volonté des parties, mais encadrent strictement leur comportement.

La problématique afférente est vaste et les discussions suscitées par les questions de procédure¹² sont en pratique fréquemment compliquées par des problèmes de nature contractuelle¹³ : l'accord des parties, résultat d'un consentement libre et donné en connaissance de cause, est l'élément central de la validité des conventions d'élection de for ; le consentement effectif, manifesté de façon claire et précise, conditionne les effets processuels de ces conventions¹⁴.

Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties». Voir aussi le considérant 15 du préambule : « Les règles de compétence devraient présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur. Cette compétence devrait toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement ».

- ¹² Voir par exemple, sur la problématique, Christian HEINZE, « Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation », (2011) 75-3 *RabelsZ* 581 ; Ian BERGSON, « The death of torpedo action ? The practical operation of the Recast's reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union », (2015) 11-1 *J. of PIL* 1.
- ¹³ Pour un exemple de discussion possible, voir Alina OPREA, « Regards sur opposabilité à l'égard des tiers des conventions attributives de juridiction dans les litiges internationaux », (2016) 5-1 *Perspectives of Business Law Journal* 33, en ligne : <<http://business-lawconference.ro/revista/anul5nr1.html>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).
- ¹⁴ Voir *Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. v Rüwa Polstereimaschinen GmbH*, Affaire 24/76, CJCE, 14 décembre 1976, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1976:177>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 7 (ci-après « *Estasis Salotti* ») ; *Galeries Segoura SPRL v Société Rahim Bonakdarian*, Affaire C-25/76, CJCE, 14 décembre 1976, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0025>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 6 (ci-après « *Galeries Segoura* ») ; *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL*, Affaire C-106/95, CJCE, 20 février 1997, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1997:70>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 15 (ci-après « *MSG* »). Voir aussi le *Rapport Jenard (Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968*, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1979.059.01.0066.01.ENG&toc=OJ:C:1979:059:TOC> (consulté le 1^{er} décembre 2017), commentaire sous l'article 17 de la Convention de Bruxelles) et le *Rapport Schlosser (Report on*

Bien que la détermination de l'existence de l'accord entre les parties soit décisif en la matière¹⁵, le législateur européen est resté vague dans la réglementation des aspects relatifs au consentement proprement dit¹⁶. Il a seulement institué des exigences relatives à la validité formelle des conventions d'élection de for, une position facilement explicable puisque la preuve du consentement est plus difficile à apporter que la preuve de l'accomplissement de certaines formalités. La focalisation sur les modalités d'extériorisation de la volonté des parties semble donc naturelle¹⁷. Le régime de ces exigences a été attentivement détaillé par la Cour européenne de justice, qui a insisté plusieurs fois sur leur lien fonctionnel avec le problème du consentement¹⁸.

the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice, Luxembourg, 9 octobre 1978, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.1979.059.01.0071.01.ENG&toc=OJ:C:1979:059:TOC> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 179), qui insistent sur la nécessité de l'existence d'un accord entre les parties, relatif à la compétence, qui fasse *per se* l'objet de la preuve.

¹⁵ Voir par exemple l'arrêt *Rudolf Anterist c. Crédit lyonnais* (Affaire 22/85, CJCE, 24 juin 1986, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1512161519798&uri=CELEX:61985CJ0022>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)), dans lequel la Cour de justice a insisté sur l'accord commun (par. 13) et sur la volonté commune des parties (par. 14).

¹⁶ À l'occasion des réformes de 2012, une nouvelle précision a été toutefois introduite dans l'actuel article 25(1) du Règlement, par laquelle est renvoyée aux droits nationaux la question de la validité substantielle des clauses attributives de juridiction (question qui couvre en particulier les vices du consentement); sur celle-ci, voir P. MANKOWSKI, préc., note 7, aux pages 100 et suiv.; Mónica HERRANZ BALLESTEROS, « The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction », (2014) 10-2 *J of PIL* 291, 302 et suiv.

¹⁷ L'importance de ces conditions de forme ne doit pas être négligée: même si le texte légal ne prévoit pas la sanction en cas de violation, il est incontestable qu'il s'agit de l'inefficacité de la convention. Les formes d'extériorisation du consentement prévues par l'article 25 du Règlement sont des formes *ad validitatem*, ce qui fait de la convention de choix de la juridiction compétente un acte solennel.

¹⁸ La mention du fait que le rôle des exigences de forme est celui de garantir l'accord des parties (*consensus ad idem*) est une constante dans la jurisprudence européenne: voir l'arrêt *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 7; l'arrêt *Galleries Segoura*, préc., note 14, par. 6; l'arrêt *MSG*, préc., note 14, par. 15; voir aussi dans le même sens, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV et autres*, Affaire C-387/98, CJCE, 9 novembre 2000, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0387>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 13; *Höszig Kft. v Alstom Power*

Les aspects formels et ceux relatifs au consentement sont étroitement imbriqués en ce qui concerne le thème de la présente étude: les clauses attributives de juridiction qui figurent dans les conditions générales d'affaires. Si la fréquence de l'utilisation des conditions générales suscite un grand intérêt pour l'efficacité des clauses attributives de juridiction qu'elles comportent, on identifie cependant des difficultés importantes: ces conditions sont formulées unilatéralement par l'un des cocontractants, selon son intérêt propre et sans que l'autre puisse intervenir à leur égard, et elles amplifient le risque qu'une clause attributive de juridiction y incluse reste inobservée, malgré l'exigence primordiale de l'effectivité du consentement.

Orientée vers la spécificité des solutions existantes en droit européen pour trancher les litiges internationaux entre professionnels¹⁹, notre analyse aura comme point de départ les exigences établies à l'article 25(1) final du Règlement: «La convention attributive de juridiction est conclue: a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite; b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles; ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de

Thermal Services, Affaire C-222/15, CJUE, 7 juillet 2016, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0222>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 37 (ci-après «*Hőszig Kft*»). Voir également *SpA Iveco Fiat v Van Hool NV*, Affaire C-313/85, CJCE, 11 novembre 1986, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0313>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 5, affirmant que «le seul but» des exigences formelles est celui de garantir l'existence du consentement des parties. En dépit de ces affirmations, il est clair que pour une série d'aspects substantiels (liés également au consentement), l'incidence des législations étatiques est inévitable – voir l'arrêt *Galleries Segoura*, préc., note 14, par. 6. Sur la distinction entre consensus et validité substantielle, voir P. MANKOWSKI, préc., note 7, à la page 104.

¹⁹ En principe, du point de vue de la validité formelle, les mêmes règles doivent être respectées aussi lorsque les conventions attributives de juridiction sont invoquées contre des parties vulnérables (consommateurs, salariés, assurés) – voir le *Rapport Schlosser*, préc., note 14, par. 161a; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, p. 516, n° 3. Toutefois, la nécessaire protection de ces personnes a imposé des encadrements et limitations supplémentaires (les clauses afférentes étant admissibles généralement si elles sont postérieures à la naissance du différend ou si elles opèrent en faveur de la partie faible) – voir les articles 15(1) et (2), article 19(1) et (2), article 23(1) et (2) du Règlement; en raison de la spécificité des solutions, nous avons laissé ces cas en dehors du cadre de notre analyse.

commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée»²⁰. L'application du texte par les instances étatiques lorsque les parties utilisent des conditions standardisées n'est pas nécessairement évidente.

En effet, tel qu'on le verra, ces exigences formelles ont évolué dans le temps et les références aux usages du commerce international, aux pratiques habituelles des parties ou aux communications électroniques ont été progressivement introduites pour compenser la sévérité montrée par la Cour de justice dans sa jurisprudence et pour répondre aux besoins et aux attentes des professionnels en matière de souplesse, de flexibilité et de prévisibilité. Ensuite, les notions utilisées par le législateur européen sont des notions autonomes qui ne peuvent pas toujours se superposer à celles du droit national²¹. Ainsi, quelles que soient les positions des législations nationales sur l'inclusion des conditions générales d'affaires dans les contrats, la solution en matière de clauses attributives de juridiction concernant les litiges internationaux sur le territoire de l'Union est particulière et uniforme. Enfin, la réglementation de ces exigences de forme a poursuivi un équilibre entre deux considérations également importantes : d'un côté, la protection adéquate des parties qui contractent occasionnellement et le soutien de la sécurité juridique remettant en question l'efficacité des clauses attributives qui auraient pu passer inaperçues au moment de la formation du contrat et, d'un autre côté, la promotion des intérêts du commerce international s'opposant à la limitation du formalisme excessif²².

²⁰ Sur le libéralisme permis en droit québécois par l'article 3148(4) C.c.Q., voir S. GUILLEMARD, préc., note 5, pt. 1.1.2.

²¹ *Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain*, Affaire 150/80, CJCE, 24 juin 1981, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0150>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 25 (ci-après «*Elefanten Schuh*»); *Trasporti Castelletti SpA v Hugo Trumpy SpA*, Affaire C-159/97, CJCE, 16 mars 1999, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0159>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), par. 37 (ci-après : «*Trasporti Castelletti*»). Voir aussi Paco GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction – Choice of Court Agreements and Submission (Arts. 25-26) », dans Andrew DIKINSON et Eva LEIN (dir.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 286, n° 9.33.

²² Voir le *Rapport Jenard*, préc., note 14, p. 37. Ces considérants sont pris en compte régulièrement par la Cour de justice à l'occasion de la délimitation des méthodes d'interprétation suivies (interprétation *systématique*, qui suppose la prise en considération de la position d'un texte dans le système de la Convention, ou interprétation *téléologique*, orientée vers les raisons ou les fondements qui inspirent le texte légal).

L'efficacité des conventions attributives de juridiction contenues dans les conditions générales mettant précisément à l'épreuve cet équilibre délicat, la solution en la matière doit nécessairement connaître des nuances et des détails, en fonction de la modalité particulière que les parties ont choisie pour l'extériorisation de leur consentement.

En tenant compte des jugements interprétatifs de la Cour européenne de justice, nous allons analyser dans ce qui suit chacune des alternatives formelles prévues par l'article 25 du Règlement, soit la convention attributive de juridiction assumée par écrit (I), verbalement avec confirmation écrite (II), dans une forme conforme aux habitudes des parties ou aux usages du commerce international (III) ou par voie électronique (IV), le tout en particularisant et adaptant les indications parfois générales offertes par la Cour à l'égard des conventions attributives de juridiction incluses dans les conditions générales d'affaires. Cela sera l'occasion de mieux comprendre les arguments jurisprudentiels et la logique qui soutient la réglementation européenne en la matière, tout en offrant des réponses claires à la question de savoir si, et dans quelle mesure, les clauses d'élection de la juridiction compétente figurant dans des conditions générales d'affaires sont valables.

I. Les conditions générales d'affaires et l'exigence de l'écrit

La première modalité formelle à laquelle les parties peuvent recourir pour proroger la compétence des juridictions d'un État membre est celle de l'écrit, la façon la plus simple et claire de faire la preuve de leur consentement effectif. Il importe peu que cet écrit soit un document unique ou qu'il implique des documents séparés, identiques, signés par chacune des parties; la clause pourra être physiquement intégrée au contrat principal, faire l'objet d'un document séparé (tel un accord ponctuel, distinct) ou, enfin, figurer dans un ensemble de conditions générales standard qui font indiscutablement partie du contrat de base²³.

Puisque le législateur européen conditionne la validité de la clause attributive de juridiction à l'existence d'un accord entre les parties, les instances examinent prioritairement si elle est le résultat d'un consensus. Bien que le risque d'absence de consentement soit plus élevé en cas d'utilisation

²³ U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, p. 636-637, n° 95.

des conditions générales standard²⁴, cela ne signifie pas pour autant que les conventions d'élection de for qu'elles insèrent seront automatiquement inefficaces. S'exprimant sur l'exigence de l'existence d'un « écrit », la Cour de justice a formulé deux contraintes particulières relatives aux modalités d'extériorisation de la volonté des parties qui utilisent des conditions générales : premièrement, la partie intéressée doit avoir indiqué avec clarté qu'elle entend contracter en utilisant des conditions générales d'affaires et, deuxièmement, le partenaire contractuel doit avoir eu la possibilité de les vérifier. Le rôle des contraintes est précisément celui de garantir la connaissance de l'existence de la clause attributive de juridiction et son acceptation réelle par le cocontractant à l'encontre duquel elle est invoquée. Difficiles, mais pas impossibles, ces conditions sont aujourd'hui le standard auquel doivent se rapporter les parties lorsqu'elles entendent se prévaloir d'un « écrit ». Elles sont aussi le critère de distinction entre les clauses efficaces et celles qui sont inopérantes ; la jurisprudence pertinente ayant apporté une série de nuances, en fonction des circonstances particulières de chaque affaire.

Le premier et l'un des plus importants arrêts en la matière, *Estasis Salotti c. Ruwa*, a été rendu dans un litige relatif à un contrat de vente²⁵. Suite au refus de l'acheteur italien de prendre livraison d'un lot de marchandises, le vendeur allemand s'est adressé aux juridictions de Cologne, « juridictions élues », dont la compétence a néanmoins été contestée : en effet, dressé sur papier officiel de l'entreprise allemande, le contrat comportait, imprimées sur le verso, des conditions générales d'affaires contenant une clause attributive de compétence ; le texte du contrat ne faisait pas expressément référence à celles-ci, mais renvoyait à des offres antérieures de la société allemande qui contenaient des renvois explicites à ses conditions de vente, reproduites aussi sur le verso desdites offres. Saisie avec une question préliminaire relative à l'inclusion de ces clauses dans le contrat, la Cour a formulé les deux exigences déjà mentionnées : la clause attributive de juridiction incluse dans les conditions générales d'affaires est valable et respecte l'exigence de l'écrit seulement si dans le document signé référence est faite expressément à ces conditions si celles-ci *sont imprimées sur le verso* du contrat ou *transmises* au partenaire dans un document séparé ; en ce dernier cas, la partie à laquelle la clause sera opposée doit avoir eu

²⁴ *Supra*, p. 172

²⁵ *Estasis Salotti*, préc., note 14.

connaissance ou pu avoir connaissance du contenu de ce document en appliquant une diligence normale dans la vérification afférente.

Cette position relative aux conditions de l'écrit est sévère, mais compréhensible, les exigences de forme étant utilisées pour résoudre des problèmes tenant au fond (le consentement). En matière contractuelle, caractérisée par sa souplesse, il est accepté que les documents externes au contrat proprement dit (telles les conditions générales d'affaires) puissent lui être intégrés. En même temps, la garantie de l'existence du consentement des parties est tout aussi importante et doit être soutenue adéquatement, les clauses attributives de juridiction qui auraient pu passer inaperçues devant donc être neutralisées²⁶.

La Cour de justice a ainsi refusé le renvoi aux réglementations nationales et formulé directement des normes matérielles de droit européen. Partant de la deuxième exigence instituée, deux hypothèses doivent être différenciées en pratique, selon que les conditions générales d'affaires sont imprimées sur le verso du contrat (A) ou apparaissent dans un document distinct, annexé (B).

A. Clauses attributives de juridiction figurant dans les conditions standardisées imprimées sur le verso du contrat

Les problèmes suscités par les conditions générales imprimées sur le verso du contrat signé par les parties peuvent être résolus en tenant compte de la première exigence formulée par la Cour dans l'arrêt *Estasis Salotti*:

en elle-même, la simple impression, sur le verso d'un contrat établi sur le papier d'affaires de l'une des parties, d'une clause attributive de juridiction dans le cadre des conditions générales de cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 17, aucune garantie n'étant donnée par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au droit commun en matière de compétence judiciaire; qu'il en est autrement dans le cas où, dans le texte même du contrat signé par les deux parties, un renvoi exprès

²⁶ Voir en ce sens la position expresse de la Cour de justice dans l'arrêt *Partenreederei ms. Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, Affaire 71/83, CJCE, 19 juin 1984, par. 24 (ci-après « Tilly-Russ »).

est fait à des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction.²⁷

Autrement dit, lorsque les conditions générales sont seulement ajoutées au verso sans que le contrat mentionne l'intention de l'une des parties au moins de les inclure dans le champ contractuel, l'efficacité de la clause attributive de juridiction qui y est prévue ne peut pas être retenue.

L'exigence de la mention de l'intention d'introduire les conditions générales d'affaires dans le contrat est une modalité par laquelle peut être contrôlée l'effectivité du consentement²⁸; cette mention permet au cocontractant de prendre conscience de l'existence des stipulations imprimées sur le verso du contrat et de donner son consentement en connaissance de cause; son caractère judicieux ne fait donc pas de doute. Elle doit toutefois être bien comprise. Pour que la clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales soit considérée valablement conclue par écrit, il n'est pas nécessaire que le contrat y fasse une référence expresse et spéciale, tel que le prévoient aujourd'hui certaines législations nationales²⁹, comme la loi

²⁷ *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 9. Voir au même effet la position de l'Avocat général Capotorti dans ses conclusions: «Même si la partie contractante qui n'a pas contribué à rédiger la clause à l'avance a la possibilité d'en prendre connaissance (par exemple, en lisant ce qui est imprimé au verso du formulaire), cela n'est pas suffisant; il faut prouver le consensus, la volonté commune des parties qui est évidemment plus que la simple connaissance ou la possibilité de connaissances des clauses qu'une partie a établie à l'avance à son propre avantage» (extrait des conclusions présentées le 17 novembre 1976, n° 2, p. 1846).

²⁸ La solution pourrait être critiquée comme étant trop sévère, car il paraît étrange qu'une partie qui applique une diligence normale dans ses affaires ne soit pas obligée de se préoccuper de ce qui se trouve sur le verso du document qu'elle a signé; justifiée parce qu'il s'agit d'un rapport entre des professionnels, cette critique perd un peu de sa force dans le contexte de l'analyse globale de toutes les solutions retenues par le législateur européen en matière de forme (et, plus précisément, de l'admission de la validité des conventions attributives de juridiction qui suivent des formes beaucoup plus souples que celle de l'écrit, consacrées sur la base des habitudes des parties ou par des usages du commerce international).

²⁹ Cela a été toutefois la position soutenue par le gouvernement italien dans ses observations écrites dans l'affaire *Estasis Salotti* (préc., note 14) et reprises par l'entreprise Salotti dans la défense formulée devant la Cour. L'explication d'une telle position radicale réside dans la présence des dispositions sévères dans le Code civil italien (en ligne: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)) relatives à l'efficacité des conditions générales du contrat; l'article 1341 C.civ. italien imposait l'approbation spécifique écrite des certaines clauses particulières, parmi lesquelles figurent aussi celles par lesquelles on

roumaine³⁰. En décider autrement serait imposer un formalisme excessif, qui contrevient à l'esprit de la norme européenne, surtout que, lorsqu'il l'a considéré nécessaire, le législateur européen a volontiers imposé ce formalisme³¹. Par ailleurs, la Cour de justice a mentionné que les exigences de forme prévues par le législateur européen sont exhaustives et ne peuvent pas être complétées par des exigences d'origine nationale³².

Dans ce contexte, le problème de l'illisibilité matérielle et intellectuelle de la clause attributive de juridiction mérite également d'être discuté. En effet, il n'est pas du tout rare que les stipulations figurant dans les conditions générales d'affaires soient rédigées en caractères extrêmement petits, en encre estompée ou dans une langue totalement inconnue du partenaire contractuel. Or, le texte européen ne contient pas de règle en la matière et des difficultés peuvent donc parfois surgir.

En ce qui concerne les aspects formels, la position de principe des juges de la Cour de justice de l'Union européenne est celle de l'impossibilité de compléter les exigences européennes avec des exigences d'origine nationale³³ et, sur cette base, on pourrait considérer que la dimension ou la

déroge à la compétence habituelle des juridictions. La Cour de justice a rejeté explicitement l'applicabilité de ces exigences nationales en ce qui concerne les conventions attributives de juridiction gouvernées par le droit européen.

³⁰ La position du législateur roumain, retenue aujourd'hui dans l'article 1203 C. civ. (préc., note 8) (similaire à celle de l'article 1341 C. civ. Italien (préc., note 29) et applicable aux situations purement internes), est bien connue pour sa sévérité: de telles clauses « produisent des effets seulement si elles sont acceptées, expressément, par écrit, par l'autre partie ».

³¹ Tel a été le cas, dans le passé, pour une disposition transitoire incluse dans l'article 17 de la Convention de Bruxelles, relative aux personnes domiciliées au Luxembourg, qui devrait accepter expressément et spécialement la clause attributive de juridiction pour que celle-ci puisse leur être opposée; pour des détails sur ce privilège, qui n'est plus opérant depuis 1^{er} mars 2008, voir H. GAUDEMET-TALLON, préc., note 1, p. 156, n° 140. Sur l'interprétation reçue en droit européen par l'exigence de l'acceptation « expresse et spéciale » de la clause, voir l'arrêt *Porta-Leasing GmbH v Prestige International SA*, Affaire 784/79, CJCE, 6 mai 1980, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0784>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

³² Sur le caractère exhaustif des exigences de forme prévues par le texte européen, voir l'arrêt *Elefanten Schuh*, préc., note 21, par. 25; aussi, l'arrêt *Trasporti Castelletti*, préc., note 21, par. 37.

³³ *Elefanten Schuh*, préc., note 21, par. 25; *Trasporti Castelletti*, préc., note 21, par. 37. Voir aussi P. GARCIMARTIN, préc., note 21, p. 286, n° 9.33.

couleur des caractères utilisés pour la stipulation de la clause sont indifférentes. Toutefois, vu l'insistance de la Cour sur le fait que le rôle des exigences de forme prévues par le législateur est celui de garantir l'effectivité du consentement, « qui doit se manifester de façon claire et précise »³⁴, nous croyons qu'il serait possible, sur la base de l'article 25(1)a) du Règlement, d'invalider une clause attributive de juridiction stipulée en caractères illisibles³⁵. La dimension des caractères affecte en ce cas la connaissance même de la clause et celle-ci ne devrait donc pas être opérante. La jurisprudence interne de certains des États membres va d'ailleurs en ce sens³⁶.

La lisibilité intellectuelle de la clause suscite elle aussi une discussion délicate. Pour l'exigence de la rédaction de la clause dans une certaine langue, imposée parfois par les législations des états membres sous la sanction de la nullité (condition de validité formelle), la Cour de justice a offert une solution dans l'arrêt *Elefanten Schuh*³⁷. La haute juridiction européenne considère que « les États contractants n'ont pas la liberté de prescrire d'autres exigences de forme que celles prévues par la convention » et, appliqué au domaine de la langue à utiliser pour la convention attributive de compétence, « ce régime implique qu'une législation d'un état contrac-

³⁴ Voir l'arrêt *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 7 et l'arrêt *Galleries Segoura*, préc., note 14, par. 6.

³⁵ U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, p. 641, n° 101 ; A. BRIGGS, préc., note 10, n° 7.43, p. 262. Certes, lorsqu'est invoquée une forme admise par un usage du droit du commerce international, une position plus souple peut être retenue. Par ailleurs, la Cour de justice a décidé que les instances doivent se rapporter à l'usage spécifique du domaine commercial en discussion pour établir si la *présence matérielle* d'une clause attributive de juridiction est conforme à un usage – voir l'arrêt *Trasporti Castelletti*, préc., note 21, par. 36.

³⁶ Cass. com., 27 février 1996, *RCDIP*, 1996.732, note Hélène Gaudemet-Tallon ; aussi C. Ap. Grenoble, 23 octobre 1996, *RCDIP*, 1997.756, note A. Sinay-Cytermann (clause insérée dans un ensemble de conditions générales rédigées en allemand, imprimées avec des caractères gris minuscules, illisibles à œil nu). Dans le rapport relatif à la *Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for*, il est précisé que le simple fait qu'une clause attributive de juridiction n'est pas rédigée en caractères gras spéciaux ou qu'elle figure en caractères petits ne signifie pas *per se* que l'exigence de l'écrit n'est pas remplie – Trevor HARTLEY et Masato DOGAUCHI, *Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005*, 2013, en ligne : <<https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), p. 51-52, n° 110.

³⁷ Préc., note 21.

tant ne saurait faire obstacle à la validité d'une convention au seul motif que la langue utilisée n'est pas celle prescrite par cette législation»³⁸.

Au-delà de toute exigence législative, l'utilisation d'une langue totalement inconnue par le partenaire contractuel peut affecter l'existence même de son consentement et la question de l'efficacité des clauses ainsi stipulées surgit facilement. Deux solutions pourraient être apportées. D'un côté, parce que le problème concerne la validité substantielle de la clause, il pourrait être résolu selon la loi désignée par les règles de conflit de l'État auquel appartiennent les juridictions élues, conformément au renvoi opéré par l'article 25 du Règlement³⁹. D'un autre côté, une solution autonome européenne, déduite justement de la jurisprudence présentée plus haut, pourrait également être prise en compte⁴⁰. Comme elle est de nature à promouvoir l'application uniforme du Règlement dans tous les États membres, cette dernière nous semble préférable. Concrètement, cette solution implique une distinction quant aux circonstances entourant l'utilisation de la clause. Ainsi, même si une diligence normale dans le domaine du commerce international impose aux parties de s'informer sur le contenu des documents échangés (en sollicitant des conseils linguistiques adéquats), il peut paraître excessif que la partie qui a reçu au dernier moment les conditions générales de son partenaire, rédigées dans une langue différente de celle utilisée dans leur correspondance d'affaires et dans le contrat commun, soit obligée d'assumer le risque de leur absence de traduction; en décider autrement serait par ailleurs de nature à encourager des comportements contraires à la bonne foi. Dans ces conditions, la clause attributive de juridiction incluse ne devrait pas pouvoir être utilisée. En revanche, lorsque le temps pour la consultation ou la traduction de ces conditions générales a été raisonnable, ou lorsque la partie à laquelle celles-ci sont opposées a été informée de leur contenu par son partenaire, leur application ne devrait pas être questionnée. La même solution s'impose lorsque le lien d'affaires des deux parties, perpétué pendant plusieurs années, a été matérialisé par des contrats (et annexes) conclus dans les mêmes conditions linguistiques ou encore lorsque la langue utilisée est usuelle dans le domaine commercial dans lequel opèrent les parties.

³⁸ *Id.*, par. 26-27.

³⁹ H. GAUDEMET-TALLON, préc., note 1, p. 160, n° 145.

⁴⁰ Voir, soutenant l'interprétation autonome en la matière, U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 86, p. 633.

B. Clauses attributives de juridiction figurant dans des documents externes au contrat

L'efficacité d'une clause attributive de juridiction figurant dans un document externe au contrat (tel qu'un contrat antérieur ou un ensemble de conditions générales, non signés par les parties) a fait l'objet de la deuxième question préliminaire dans l'arrêt *Estasis Salotti*.

1. Le renvoi figurant dans le document signé

Pour l'hypothèse du renvoi figurant dans le document signé, les indications de la Cour de justice sont suffisamment claires : la mention, dans le contrat, de la volonté d'inclusion du document externe dans le champ contractuel est essentielle pour l'admission du jeu de la clause. Si le contrat a été conclu sans mention des conditions générales qui incluent la clause litigieuse, celle-ci ne peut pas opérer même si ces conditions ont été envoyées au partenaire avant la formation du contrat⁴¹. Une solution similaire a été retenue en matière de connaissements, dans l'arrêt *Tilly Russ*⁴² : la simple inscription de la clause attributive de juridiction sur le verso d'un connaissement transmis (document externe au contrat) n'est pas suffisante pour répondre aux exigences du texte légal – convention attributive de juridiction convenue « par écrit », au sens de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, soit l'actuel article 25(1)a) du Règlement Bruxelles I bis –, puisque cela ne peut pas garantir le consentement effectif de l'autre partie à cette clause dérogatoire au régime commun de compétence⁴³.

Dans l'arrêt *Estasis Salotti*, la Cour de justice a offert des détails sur le renvoi que le contrat signé doit comprendre aux documents annexes qui incluent la clause : afin de soutenir de façon suffisante la preuve de la connaissance de la clause attributive de juridiction, ce renvoi doit être exprès. La Cour n'exclut pas l'alternative des renvois successifs (tel un contrat qui renvoie à un autre, qui renvoie lui-même à un document qui, à

⁴¹ *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 9.

⁴² *Tilly Russ*, préc., note 26. Dans cette affaire, l'acheteur belge d'un lot de marchandises arrivées avariées à destination a voulu agir en justice en Belgique contre la compagnie allemande qui les a transportées ; cette dernière a contesté la compétence des juridictions belges, invoquant les conventions d'élection de for qui figuraient sur le verso des connaissements émis et qui prévoyaient la compétence des juridictions du siège du transporteur.

⁴³ *Id.*, par. 16.

son tour, renvoie aux conditions générales qui incluent la clause), mais renouvelle l'exigence de son caractère explicite⁴⁴ et insiste sur la possibilité de sa vérification véritable par le cocontractant faisant montre d'une diligence normale dans ses affaires. Ces exigences sont parfaitement compréhensibles et tendent à assurer, elles aussi, la connaissance et l'acceptation de la clause attributive de juridiction au moment de la formation du contrat.

Des précisions ont été apportées également sur les modalités d'expression de l'acceptation de la clause nécessaires pour que l'exigence de l'écrit soit remplie: suivant l'opinion de la Cour, seule une extériorisation du consentement *par écrit*, soit dans le document qui contient le renvoi, soit dans un document séparé, peut constituer une acceptation valable de la « convention écrite ». Ni l'acceptation verbale, ni celle induite du comportement ne sont suffisantes⁴⁵. Ainsi, bien que, vu le libéralisme général des droits étatiques en matière de forme, *le contrat* puisse être valablement formé de cette façon, *la clause attributive de juridiction* ainsi exprimée ne pourra pas produire des effets⁴⁶.

2. La communication des conditions générales

Dans l'arrêt *Estasis Salotti*, la Cour de justice a détaillé et précisé, comme élément de nouveauté, une autre condition spécifique très importante en la matière, soit la communication effective du document qui contient la clause attributive de juridiction :

[...] il est en principe satisfait à l'exigence de forme écrite posée par l'article 17, alinéa 1, lorsque, dans le texte de leur contrat, les parties se sont référées à une offre qui, à son tour, renvoyait de manière expresse à des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction ; cette appréciation ne vaut cependant que pour le cas d'un renvoi explicite, susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale et **s'il est établi que**

⁴⁴ Les renvois implicites ou indirects ne sont pas acceptés ; ainsi le simple fait qu'un document ou un contrat soit lié à un autre ne peut pas suffire pour que la clause attributive de juridiction incluse par l'un soit aussi opérante à l'égard de l'autre. Une solution différente pourrait toutefois être imaginée sur la base de l'article 25(1)b) ou c) du Règlement (*infra*).

⁴⁵ Certes, dans l'interprétation de l'article 25(1)a) final (convention assumée « verbalement avec confirmation écrite ») ou de l'article 25(1)b) ou c) du règlement, la solution pourrait être différente.

⁴⁶ Voir aussi en ce sens, avec un référence plus générale, A. BRIGGS, préc., note 10, n° 7.14, p. 246.

les conditions générales comportant la clause attributive de juridiction ont été effectivement communiquées à l'autre partie contractante avec l'offre à laquelle il est renvoyé; par contre, l'exigence de forme écrite posée par l'article 17 ne serait pas remplie dans le cas de renvois indirects ou implicites à des correspondances antérieures, aucune certitude n'étant alors donnée que la clause attributive de juridiction a effectivement fait l'objet du contrat proprement dit.⁴⁷ [Notre emphase]

Insistant sur l'exigence de la transmission effective des documents en discussion, la Cour estime donc qu'un consentement réel et effectif ne peut exister que si, au moment de la réalisation de l'accord des volontés, celui auquel est opposée la clause en a pu avoir réellement connaissance.

Cette solution est d'autant plus justifiée que décider autrement serait permettre à l'une des parties de profiter de la bonne foi de l'autre. Elle a par ailleurs été confirmée une fois de plus en 2016 par l'arrêt *Hőszig*, dans lequel la Cour de justice a repris presque textuellement les exigences de sa jurisprudence antérieure⁴⁸. Dans cette affaire, deux sociétés – française et hongroise – ont conclu plusieurs contrats d'entreprise, complétés par des conditions générales qui comportaient une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux parisiens; même si la question préjudicielle sur l'article 23 du Règlement 44/2001 n'intéressait pas directement la problématique de la présente étude⁴⁹, la haute juridiction européenne a pris le temps de s'arrêter sur sa jurisprudence antérieure pour rappeler aussi les exigences en matière d'admissibilité des clauses attributives de juridiction insérées dans des ensembles de conditions générales: il s'agit de la mention

⁴⁷ *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 12.

⁴⁸ *Hőszig Kft*, préc., note 18.

⁴⁹ En effet, par sa question préjudicielle la juridiction de renvoi visait à clarifier, en particulier, s'il est possible de valider non seulement des clauses attributives de juridiction qui par leur seul libellé identifient précisément l'instance élue, mais aussi les clauses qui se limitent à préciser des éléments objectifs qui pourront être pris en compte à cet effet; cette dernière solution, plus libérale, a été finalement acceptée par la Cour de justice: « Il est en effet suffisant que la clause identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître. Ces éléments, qui doivent être suffisamment précis pour permettre au juge saisi de déterminer s'il est compétent, peuvent être concrétisés, le cas échéant, par les circonstances propres à la situation de l'espèce » (*Id.*, par. 43).

des conditions générales dans le contrat et de leur transmission au partenaire lors de la conclusion du contrat, qui sont bien connues⁵⁰.

La situation des conditions générales d'affaires envoyées après la conclusion du contrat mérite une courte observation. Puisque le contenu du contrat est établi au moment de sa formation, la solution de principe est nécessairement celle de l'inopérabilité d'une éventuelle convention attributive de juridiction incluse. Telle est la situation, par exemple, pour les clauses qui figurent dans les conditions générales d'affaires imprimées sur le verso des factures échangées par les parties⁵¹. Les factures sont des documents transmis après la formation du lien d'affaires, tiennent à son exécution et, par leur émission, une des parties ne peut pas modifier unilatéralement ce qui a été convenu auparavant. Cette solution ne doit pas être interprétée, toutefois, dans le sens de l'invalidation de toutes clauses attributives de juridiction. Même si l'exigence d'un consensus ne s'articule difficilement dans le contexte d'une remise de documents ultérieurement à la formation du contrat, l'efficacité de la convention d'élection de for pourrait toutefois être admise dans l'hypothèse de l'acceptation écrite expresse des stipulations contenues dans ces documents (acceptation de la clause attributive de juridiction *après* la formation du contrat) ou celle du respect des exigences beaucoup plus souples prévues aux alinéas a), b) ou c) de l'article 25(1) du Règlement – forme conforme à une habitude des parties ou à un usage du domaine du commerce international dans laquelle les parties opèrent.

Enfin, une discussion peut survenir en pratique lorsque le contrat signé contient une disposition par laquelle une des parties déclare avoir reçu un exemplaire des conditions générales. Le régime d'une telle clause sur la preuve n'étant pas directement établi par le texte européen ou par la jurisprudence, deux positions peuvent être soutenues à cet égard. D'un côté, s'agissant d'un procédé par lequel la clause attributive de juridiction en arrive à être intégrée au contrat, il serait possible de le soumettre à la loi qui gouverne cette clause (la loi désignée par les normes de droit international privé de l'État de la juridiction choisie). D'un autre côté, s'agissant d'un moyen de preuve relatif à la réalisation d'un fait (la remise des conditions générales), son admissibilité pourrait être appréciée sur la base de la loi du for. Cette deuxième alternative nous semble préférable, mais sa justesse reste à confirmer par la jurisprudence.

⁵⁰ *Id.*, par. 39-41 et 49.

⁵¹ Voir *Galleries Segoura*, préc., note 14, par. 10-11.

La solution en matière de conditions générales d'affaires est maintenue partiellement par la Cour de justice dans un domaine lié: les prospectus d'émission des titres sur le marché des capitaux. L'arrêt *Profit Investment*⁵² de 2016 illustre l'attachement que la haute juridiction européenne témoigne pour sa jurisprudence antérieure, mais apporte en même temps une atténuation de la condition de la transmission des documents qui incluent la clause attributive de juridiction.

Dans cette affaire, une société italienne d'investissements a acheté sur le marché secondaire, auprès d'un intermédiaire anglais, des obligations mises en vente sur le marché primaire par une compagnie allemande⁵³. Suite à des problèmes liés au défaut de paiement des intérêts, l'investisseur a saisi les juridictions italiennes tandis que l'émetteur a essayé de se prévaloir de la convention attributive de juridiction en faveur des instances anglaises, prévue par le prospectus d'émission des titres, publié sur le site internet de la Bourse de Dublin. Voulant savoir si une telle convention, stipulée unilatéralement dans le document de prospection rédigé par l'une des parties, peut entraîner la prorogation valable de compétence en ce qui concerne les litiges avec d'éventuels futurs partenaires, les instances italiennes ont adressé à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles⁵⁴, dont l'une intéresse directement la problématique de l'existence d'un «écrit». Rappelant les exigences de l'arrêt *Estasis Salotti*, la haute juridiction européenne a finalement décidé que lors de l'introduction d'une clause attributive de compétence dans un prospectus d'émission des titres obligataires, «il n'est satisfait à l'exigence de forme écrite posée par l'article 23, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 44/2001, [...], que si le contrat signé par les parties lors de l'émission des titres sur le marché primaire mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus»⁵⁵.

⁵² *Profit Investment SIM SpA v Stefano Ossi and Others*, Affaire C-366/13, CJCE, 20 avril 2016 (ci-après «*Profit Investment*»).

⁵³ Le marché primaire (ou «du neuf») est le marché sur lequel sont émis et souscrits des titres financiers nouveaux, tandis que le marché secondaire (ou «de l'occasion») est celui sur lequel sont échangés des titres déjà émis – pour des détails, voir Paul-Jacques LEHMANN, *Économie des marchés financiers*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2014, p. 25 et suiv. et p. 83 et suiv.

⁵⁴ Sur celles-ci et les réponses de la Cour de justice, voir A. OPREA, préc., note 13, p. 37, n° 11.

⁵⁵ *Estasis Salotti*, préc., note 14, par. 29.

L'exigence de la « disponibilité » ou de la « transmission » du prospectus incluant la clause attributive de juridiction n'est pas évoquée expressément dans le paragraphe mentionné; toutefois, elle est prise en compte comme prémisses dans l'affaire, puisqu'à plusieurs reprises lors de l'analyse des arguments la Cour a fait référence au fait que le prospectus en discussion était publié sur le site de la Bourse de Dublin (et donc disponible aux investisseurs). L'exigence de l'arrêt *Estasis Salotti* selon laquelle le renvoi au document externe qui contient la clause doit être « susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale » est interprétée de manière très souple, l'émetteur des obligations étant dispensé de transmettre ponctuellement à chaque investisseur professionnel le prospectus qui contient les clauses litigieuses. Dans le contexte de la spécificité de la conclusion de contrats sur les marchés de capitaux, la solution peut être comprise, mais l'écart par rapport aux solutions antérieures est évident.

II. Les conditions générales d'affaires et l'exigence de la convention verbale avec confirmation écrite

La sévérité de l'interprétation de l'expression « écrit/convention écrite », illustrée par les arrêts cités plus haut, est atténuée en pratique par la possibilité de recourir à l'une des autres formes d'extériorisation du consentement prévues alternativement par le législateur. Lorsque l'exigence de l'écrit n'est pas remplie, celui qui entend se prévaloir d'une clause attributive de juridiction figurant dans des conditions générales peut aussi essayer de prouver que celle-ci a été assumée verbalement, avec confirmation écrite, tel que prévu par l'article 25(1)a) final du Règlement⁵⁶. Le texte légal institue deux conditions différentes – la convention verbale qui porte explicitement sur la clause attributive de juridiction (A) et la confirmation écrite de celle-ci (B) – dont le respect a été scrupuleusement suivi par la Cour de justice dans sa jurisprudence, qui a limité au moins partiellement l'efficacité pratique de cette alternative.

⁵⁶ La formule trouve probablement son origine dans la *Convention de La Haye de 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (pas entrée en vigueur, en ligne: <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=34>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)).

A. L'accord verbal

La première condition, celle de l'accord verbal, risque de susciter plus de difficultés en pratique. Au-delà de l'aspect de sa preuve⁵⁷, pas du tout facile à apporter, l'accord en cause doit concerner *spécifiquement, directement*, l'élection de la juridiction compétente⁵⁸. Ainsi, à la question de savoir si l'exigence de l'accord verbal est remplie lorsque les parties conviennent verbalement de l'utilisation des conditions générales d'affaires de l'une d'entre elles⁵⁹, qui comportent une clause attributive de juridiction, la réponse apportée est en principe négative. La position de la Cour de justice dans l'arrêt *Galleries Segoura* est claire en ce sens : « l'acheteur, même s'il accepte, dans un contrat conclu verbalement, de traiter aux conditions générales du vendeur, n'est dès lors pas censé avoir accepté une clause attributive de juridiction qui peut éventuellement figurer dans ces conditions générales »⁶⁰. Autrement dit, le simple fait que l'un des partenaires d'affaires accepte verbalement de contracter en conformité avec les conditions générales de l'autre ne signifie pas nécessairement qu'il a accepté aussi la clause attributive de juridiction incluse.

Cette position de principe a été toutefois nuancée dans des arrêts ultérieurs. La Cour a été disposée à admettre une atténuation des exigences lorsque les parties se trouvent dans des relations courantes d'affaires⁶¹,

⁵⁷ Voir le *Rapport Jenard*, préc., note 14, p. 37 : « le juge ne pourrait nécessairement déduire d'un écrit, émanant de la partie qui s'en prévaut, l'existence d'un accord verbal ».

⁵⁸ Voir l'arrêt *Tilly Russ*, préc., note 26, par. 17, qui parle d'un accord verbal préalable des parties concernant expressément la clause.

⁵⁹ Cette situation est par ailleurs moins fréquente : en pratique, les parties négocient et se mettent d'accord sur le contenu spécifique du contrat, en se préoccupant plus rarement de la situation des conditions générales.

⁶⁰ Voir l'arrêt *Galleries Segoura*, préc., 14, par. 8. Dans cette affaire, les parties avaient conclu verbalement le contrat de vente, acceptant aussi l'utilisation des conditions générales d'affaires du vendeur. Le vendeur a confirmé par écrit l'accord, envoyant un document intitulé « confirmation de vente et facture », sur le verso duquel étaient imprimées ses conditions de vente incluant une clause de choix de la juridiction compétente. L'efficacité de cette dernière étant contestée par l'acheteur, les juridictions allemandes ont adressé à la Cour de justice une question préliminaire visant l'interprétation du syntagme « verbalement avec confirmation écrite », dans le contexte des circonstances particulières de l'affaire.

⁶¹ Le concept « rapports commerciaux courants » est de nature à susciter parfois des difficultés ; à notre avis, en pratique il devrait être interprété dans le sens qu'il ne couvre pas le cas d'un simple contrat unique avec exécution successive, mais concerne nécessairement une succession de contrats, liés entre eux par leur objet.

gouvernées dans leur ensemble par des conditions générales qui incluent la clause litigieuse: «une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissance satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la convention [...] si le connaissance se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, dans la mesure où il est ainsi établi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause»⁶². Cela fait en sorte que l'accord verbal peut avoir comme base un consentement implicite⁶³. Cette solution, qui ne résulte pas expressément des termes de l'article 25(1)a) final du Règlement, mérite approbation à la lumière des considérations relatives aux exigences du monde des affaires: la prolongation dans le temps de la relation commerciale commune a permis à la partie qui conteste l'intervention de la clause, un professionnel par ailleurs, de prendre connaissance de son contenu, et son acceptation tacite peut être supposée (sans encourir la critique).

En pratique, l'efficacité de la clause attributive de juridiction variera selon que les parties connaissaient ou non au moment de la réalisation de leur accord le contenu des conditions générales qui l'incluent. Si ces conditions avaient été transmises avant la réalisation de l'accord verbal ou si celles-ci étaient déjà connues par les parties, dans le cadre de relations d'affaires prolongées, l'exigence est remplie. En revanche, si les parties se mettent d'accord sur l'acceptation des conditions générales d'affaires de l'une d'entre elles, qui n'étaient toutefois pas transmises au moment de l'accord (faisant ainsi en sorte que leur contenu ne pourrait pas être considéré comme étant connu), la clause attributive de juridiction y incluse ne sera pas efficace.

B. La confirmation écrite

En ce qui concerne la confirmation écrite de l'accord verbal, la Cour de justice a adopté une position plus souple. Dans une première phase, dans l'arrêt *Galleries Segoura*, elle estimait qu'en cas de contrat verbal, la confirmation écrite du vendeur doit être suivie par une acceptation également écrite de la part de l'acheteur pour que la clause attributive de juridiction

⁶² Tilly-Russ, préc., note 26, par. 19.

⁶³ U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, p. 641, n° 103.

incluse dans le premier document soit efficace⁶⁴. La solution, assez sévère, pouvait être expliquée par les circonstances concrètes de l'affaire : l'accord verbal en question n'avait pas visé spécifiquement la convention de choix de la juridiction compétente (tel qu'exigé par le texte légal), ainsi seule l'alternative de l'« écrit » restait disponible. Une position différente, plus générale, a été préférée dans des jugements ultérieurs. Ainsi, dans l'arrêt *Tilly Russ*, la Cour a considéré qu'il est suffisant que la confirmation écrite émane d'une seule partie, et pas nécessairement celle à laquelle la clause est opposée⁶⁵. Cette position a été reprise par la suite, dans l'arrêt *Berghoef* affirmant que pour que l'efficacité de la clause attributive de juridiction convenue verbalement soit reconnue il n'est pas besoin d'accord exprès écrit de la partie qui reçoit la confirmation écrite⁶⁶.

Avec ce dernier arrêt, la juridiction européenne a clarifié davantage la situation, en précisant que le simple fait que la partie à laquelle est opposée la clause ne s'y est pas objectée lorsqu'elle a reçu la confirmation écrite de la part de son partenaire est suffisant pour que les exigences du texte légal soient accomplies⁶⁷. En d'autres termes, s'il existe un accord verbal portant sur la clause attributive de juridiction et que la confirmation écrite de l'une des parties a été reçue sans que le partenaire contractuel soulève des objections dans un délai raisonnable, la clause produira ses effets. La souplesse de la solution est évidente : si la préoccupation pour le consentement des parties est constante, avec la prise en considération de l'absence d'objections de la part du cocontractant auquel seront opposées les conditions générales d'affaires qui contiennent la clause litigieuse, la Cour semble se satisfaire d'une présomption de l'existence de ce consentement.

⁶⁴ Une exception était toutefois admise : « le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections contre une confirmation émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur base des conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction » (l'arrêt *Galleries Segoura*, préc., note 14, par. 12).

⁶⁵ Voir l'arrêt *Tilly Russ*, préc., note 26, par. 19. En d'autres mots, lorsque la clause attributive de juridiction a été convenue verbalement par les parties, la confirmation ultérieure écrite peut valablement être réalisée par l'émission du connaissance signé par le transporteur.

⁶⁶ *F. Berghoger GmbH & Co. KG c. ASA SA*. Affaire 221/84, CJCE, 11 juillet 1985, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1522439868681&uri=CELEX:61984CJ0221>> (consulté le 6 mars 2018), par. 15.

⁶⁷ *Id.*, par. 15-16.

Dans le contexte des discussions liées à l'existence d'un écrit ou d'un accord verbal comportant une confirmation écrite, un problème adjacent mérite d'être abordé : celui de l'efficacité des clauses contradictoires incluses dans les documents standards échangés entre les parties. En effet, il n'est pas du tout rare en pratique que les deux partenaires utilisent des conditions générales d'affaires qui consacrent des solutions divergentes pour ce qui est de la juridiction choisie, faisant de la bataille des formulaires (« *battle of forms* ») en la matière plus qu'une simple hypothèse théorique.

Sur la question de savoir si une de ces clauses devrait (ou non) prévaloir sur l'autre et, dans l'affirmative, d'établir exactement laquelle, trois solutions alternatives pourraient être suivies. Tout d'abord, puisque la clause attributive de juridiction est une clause parmi d'autres dans le contrat des parties⁶⁸, on pourrait soutenir que la solution suivie par la loi applicable à ce contrat pour résoudre le conflit des conditions générales d'affaires (« *first shot* », « *last shot* » ou « *knock out* »⁶⁹) devrait être suivie aussi pour ce qui est du conflit des clauses attributives de juridiction. Cette solution ignore toutefois le fait que, selon l'article 25(5) du Règlement, la clause attributive de juridiction doit être regardée comme une convention

⁶⁸ Même si les parties prétendent, chacune, qu'il y a application de leurs propres conditions générales d'affaires, l'opération juridique qui les lie – conclue tacitement et parfois exécutée – est unique. Pour les difficultés supplémentaires suscitées par la présence des clauses d'*electio juris* contradictoires au sein de ces conditions générales, voir Gerhard DANNEMANN, « The « Battle of the Forms » and the Conflict of Laws », dans Francis D. ROSE (dir.), *LEX MERCATORIA: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, London, LLP, 2000, p. 199, aux pages 207 et suiv., en ligne : <https://www.iuscomp.org/gd/Battle_of_the_Forms.pdf> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

⁶⁹ Les solutions retenues généralement dans le droit substantiel comparé pour résoudre la bataille des formulaires ne sont pas uniformes. Si la règle « *first shot/premier tir* » (prévalence des conditions générales d'affaires envoyées les premières) trouve une consécration exceptionnelle dans le droit néerlandais, en revanche, les règles « *last shot/dernier tir* » (prévalence des conditions générales établies par la partie qui a mentionné en dernier leur application, sans que son partenaire contractuel réagisse) et « *knock out* » (élimination des clauses contradictoires et inclusion dans le contrat des seules clauses convergentes) sont beaucoup plus fréquentes. Pour une analyse ample de ces solutions, voir Giesela RÜHL, « The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations », (2003) 24 *J. Int'l L.* 189; Valerio FORTI, « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », (2008) 60-3 *Rev. int. dr. comp.* 729, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2008_num_60_3_19630> ; G. DANNEMANN, préc., note 68, p. 199.

autonome, indépendante du contrat qui la prévoit, ce qui permet sa dissociation d'avec les lois qui leurs sont applicables; ainsi, sa consécration nous semble discutable. Elle conduit toutefois à une deuxième alternative: considérant que le problème est lié à l'existence du consentement (et donc à la validité substantielle de la ou des clause(s)), la solution devrait être dictée par les lois applicables aux clauses en discussion⁷⁰, c'est-à-dire, pour chacune d'entre elles, la loi désignée par les normes de droit international privé de l'État de la juridiction élue⁷¹. La démarche est toutefois compliquée et elle ne garantit pas que seulement une de ces clauses sera éventuellement retenue comme valable.

Enfin, tenant compte du fait que les règles de forme édictées par le législateur sont utilisées aussi pour la résolution des questions de fond⁷², une troisième alternative est possible: la solution du problème en à partir des indications offertes par la Cour de justice dans l'interprétation du Règlement. Ainsi, parce que l'existence d'une convention – et donc du consentement manifesté de façon claire et précise permettant à l'instance de vérifier son effectivité – a été, et est toujours, une exigence mentionnée

⁷⁰ Voir *mutatis mutandis*, à propos des clauses d'*electio juris* incluses dans des ensembles différents des conditions générales, James J. FAWCETT, Jonathan HARRIS et Michael BRIDGE (dir.), *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 672-676, n° 13.57-13.61.

⁷¹ Même si pour la question de la validité au fond de la convention attributive de juridiction l'article 25(1) du Règlement établit l'applicabilité générale du droit de l'État dont les juridictions ont été élues, le considérant 20 du préambule apporte des précisions supplémentaires: « Lorsque la question se pose de savoir si un accord d'élection de for en faveur d'une ou des juridictions d'un État membre est entaché de nullité quant à sa validité au fond, cette question devrait être tranchée conformément au droit de l'État membre de la ou des juridictions désignées dans l'accord, y compris conformément aux règles de conflit de lois de cet État membre » (pour une solution similaire à l'égard des clauses relevant de la *Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for*, voir T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, préc., note 36, par. 125 (nullité), p. 54). Lorsqu'il y a deux clauses qui attribuent compétence à des instances des États différents, le texte imposerait l'application des règles de droit international privé de chacun de ces États pour trancher la validité respective des clauses en présence.

⁷² Voir les arrêts cités *supra* et U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, p. 635, n° 89-90, qui considèrent qu'en adoptant des solutions relatives à l'inclusion de la clause attributive de juridiction dans le contrat, la Cour de justice a pris position non seulement sur les aspects tenant à la forme, mais aussi sur des problèmes d'ordre substantiel; par ailleurs, selon ces réputés auteurs « ces règles pourraient facilement être généralisées comme une modèle pour la formation du contrat et l'incorporation des conditions générales dans le contrat » [notre traduction].

régulièrement par la Cour dans ses solutions et que l'utilisation de deux clauses attributives de juridiction contradictoires dans les documents échangés par les parties fait en sorte que l'exigence de la clarté et de la précision soit loin d'être remplie, la neutralisation réciproque de ces deux clauses pourrait être envisagée⁷³. Valable pour la convention écrite, cette interprétation peut opérer aussi à l'égard de la convention assumée « verbalement avec confirmation écrite »: supposant l'existence d'un accord verbal, lorsque l'envoi des conditions générales d'affaires contenant une première clause attributive de juridiction (la confirmation écrite) est suivi non par une acceptation sans réserve de la part du destinataire, comme l'indique la Cour de justice, mais par l'envoi d'un formulaire qui contient une clause attributive de juridiction différente, on peut considérer qu'on est en présence d'une « objection » qui invalide la « confirmation écrite ». Parmi les trois alternatives de solution présentées, nous croyons que cette dernière est préférable; simple et claire, elle assure la sécurité juridique pour les parties et soutient l'uniformité des solutions dans l'espace européen⁷⁴. Toutefois, tant qu'elle ne sera pas confirmée par la Cour de justice, l'incertitude persiste.

III. Les conditions générales d'affaires et les conventions attributives de juridiction assumées dans une forme conforme aux habitudes des parties ou aux usages du commerce international

Conscient de la rigidité entraînée par l'exigence de l'écrit, avec le temps, le législateur européen a accepté en la matière la prise en considération des solennités plus adaptées au monde des affaires. À l'occasion de l'adhésion de nouveaux États membres à la Convention de Bruxelles, celui-ci n'a pas hésité à reformer la version initiale de l'article 17 de la

⁷³ U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 100, p. 64. Pour une position légèrement différente, voir P. GARCIMARTIN, préc., note 21, p. 289, n° 9.42.

⁷⁴ Parce que l'unification des standards selon lesquels est appréciée l'efficacité des clauses attributives de juridiction dans l'espace européen est l'une des fonctions de l'article 25 du Règlement, il y a des auteurs réputés qui soutiennent par ailleurs une application large de ce texte, y compris pour le problème de l'incorporation des conditions générales dans le contrat – voir U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 89, p. 635.

Convention et à atténuer beaucoup le formalisme demandé lorsque les parties sont des opérateurs familiers du commerce international. Ainsi, le droit procédural européen – l'article 25(1)b) et c) du Règlement – permet à présent la validation des clauses attributives de juridiction du point de vue formel si les modalités d'extériorisation du consentement suivies concrètement correspondent soit aux habitudes établies entre les parties⁷⁵, soit aux usages de commerce international que les parties connaissaient ou étaient censées connaître et qui, dans le domaine commercial où elles opèrent, sont largement connues et régulièrement respectés par les participants à des opérations similaires⁷⁶.

Les exigences afférentes à la preuve d'une pratique habituelle née d'une relation d'affaires continue et régulière entre les parties ou d'un usage de commerce international relatifs à la formation et au contenu du contrat

⁷⁵ Cette modalité formelle a été introduite en 1989, avec la Convention de San Sebastián du 26 mai 1989, par laquelle l'Espagne et le Portugal ont adhéré à la Convention de Bruxelles; le législateur européen a ainsi accepté de tenir compte de la durée des relations d'affaires entre les parties et des habitudes qui ont pu s'établir entre elles (*Convention relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, avec les adaptations y apportées par la convention relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les adaptations y apportées par la convention relative à l'adhésion de la République hellénique*, 26 mai 1989, en ligne: <<https://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/fr/c-textes/brux06c.htm>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), (ci-après « *Convention de San Sebastian* »).

⁷⁶ Cette alternative formelle – l'extériorisation du consentement dans une modalité reconnue par des usages – a été introduite dans la Convention de Bruxelles à l'occasion des modifications réalisées en 1978 lors de l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, à la sollicitation expresse de ce dernier État. La rédaction initiale était toutefois déficitaire, prévoyant seulement la validité d'une convention attributive de juridiction « conclue, dans le commerce international, dans une forme admise par les usages en la matière, que les parties connaissaient ou étaient censées connaître ». La version actuelle du texte est le résultat des réformes opérées en 1989 (*Convention de San Sebastián*, préc., note 75), lorsqu'ont été ajoutées les exigences relatives à la connaissance ample et au respect régulier des usages pris en compte par les parties à des contrats du même type, dans le domaine commercial considéré.

sont assez strictes⁷⁷, mais pas du tout inhabituelles⁷⁸. Malgré cela, la souplesse introduite par ces textes est élevée par rapport à ce qu'il est exigé

⁷⁷ Préférant une définition autonome du concept d'usage et refusant le renvoi au droit national, la Cour de justice a offert des indications sur sa délimitation. Voir par exemple le par. 23 de l'arrêt *MSG*, préc., note 14; similairement, le par. 25 de l'arrêt *Castelletti*, préc., note 21 : « l'existence d'un usage ne doit pas être déterminée par référence à la loi d'un des États contractants et doit être constatée non pas par rapport au commerce international en général, mais dans la branche commerciale dans laquelle les parties contractantes exercent leur activité ». Par ailleurs, la Cour a aussi précisé qu'il n'est pas nécessaire que l'usage soit établi dans des États déterminés, ni particulièrement dans tous les États contractants (arrêt *Castelletti*, préc., note 21, par. 30). Ainsi, d'un côté, en ce qui concerne l'aspect objectif – *l'existence de l'usage* – les instances doivent vérifier le respect d'un comportement à titre de généralité et régularité par les opérateurs dans la branche en discussion à l'occasion de la conclusion des contrats d'un certain type (arrêt *MSG*, préc., note 14, par. 23); la preuve peut être facilitée par le fait que ledit comportement est suivi par des opérateurs des États ayant une position prépondérante dans la branche commerciale impliquée ou qu'il lui est fait de la publicité à travers les associations professionnelles spécifiques. Dans l'arrêt *Profit Investment* de 2016, la Cour a offert pour la première fois des indications précises relatives à l'emploi du critère objectif en ce qui concerne l'existence d'un usage relatif aux contrats conclus sur le marché des capitaux. Ces indications peuvent aussi être transposées, *mutatis mutandis*, pour d'autres domaines commerciaux ou types de contrats : « [...] le juge de renvoi devra tenir compte du fait qu'il est constant que Profit est une entreprise active dans le domaine des investissements financiers ainsi que des éventuels rapports commerciaux qu'elle aurait noués par le passé avec les autres parties en cause au principal. Le juge national devra également vérifier si l'émission de titres obligataires sur le marché est, dans ce secteur d'activité, généralement et régulièrement accompagnée d'un prospectus comportant une clause attributive de juridiction et si une telle pratique est suffisamment connue pour pouvoir être qualifiée de « consolidée » [...] » (*Profit Investments*, préc., note 52, par. 49). D'un autre côté, en ce qui concerne l'aspect subjectif – *a connaissance effective ou présumée de l'usage* –, la Cour considère qu'il est notamment établi lorsque les parties ont eu des liens d'affaires entre elles ou avec d'autres opérateurs dans le domaine commercial respectif ou lorsque, dans la branche ou le secteur considéré, le comportement est suffisamment connu parce qu'il est généralement et régulièrement suivi en ce qui concerne la conclusion des contrats d'un certain type, et qu'il peut être considéré comme une pratique consolidée (arrêt *MSG*, préc., note 14, par. 24; *Profit Investment*, préc., note 52, par. 48).

⁷⁸ Le texte a une formulation extrêmement proche de celle de l'article 9 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (1^{er} avril 1980, en ligne : <<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)), qui a par ailleurs servi de modèle aux rédacteurs des Conventions de Bruxelles et Lugano – voir Paul JENARD et Gustaf MÖLLER, « Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 », JO C 189 du 28.7.1990, n° 58, p. 77. Pour des détails sur son interprétation, voir P. GARCIMARTIN, préc., note 21, p. 291-293, n° 9.47-9.53.

dans le cas de l'article 25(1)a) du Règlement, et le consentement peut parfois être présumé. Deux extraits des premiers jugements de la Cour de justice en la matière sont révélateurs. Ainsi, selon l'arrêt *MSG*: «l'accord de volontés des parties contractantes sur une clause attributive de juridiction est présumé établi lorsqu'il existe à cet égard des usages commerciaux dans la branche considérée du commerce international, usages que ces mêmes parties connaissent ou sont censées connaître»⁷⁹. La formulation de l'arrêt *Castelletti* est extrêmement proche: «le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance»⁸⁰. Même si la nécessité de la réalité du consentement des parties et (donc) de l'accord des volontés figure toujours parmi les arguments de la Cour, par l'admission de cette présomption, inspirée du besoin de simplicité et de rapidité dans le commerce international, l'ouverture vers l'ample opérabilité des conventions d'élection de for est évidente.

À partir de l'arrêt *Castelletti*, la Cour de justice a évité par ailleurs la dissociation entre l'accord des parties et la modalité d'extériorisation de cet accord; elle ne sollicite pas strictement l'existence d'un «usage particulier sur la forme des clauses» attributives de juridiction (ce qui est plus rare en pratique), mais des «usages relatifs à l'accord de volonté ou à la formation d'un contrat» d'affaires en général⁸¹. Avec cela, les aspects tenant à la preuve sont pour beaucoup simplifiés; ainsi, si un certain comportement (et même l'inaction, le fait de ne pas réagir lors de la réception d'une lettre de confirmation qui inclut des conditions générales d'affaires) est interprété, sur la base d'un usage, comme exprimant le consentement à l'opération juridique envisagée et aux conditions générales envoyées, cela suffit pour que la clause attributive de juridiction incluse par ces dernières soit efficace. Le libéralisme par rapport aux solutions antérieures est aussi évident; la prise en considération des usages conventionnels ou des usages de commerce international ouvre la voie à des modalités plus souples d'extériorisation de l'accord des parties sur la convention d'élection de

⁷⁹ *MSG*, préc., note 14, par. 19.

⁸⁰ *Trasporti Castelletti*, préc., note 21, par. 21.

⁸¹ *Id.*, par. 30 et 45; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 120, p. 647.

for⁸² et répond mieux aux attentes des opérateurs et aux besoins du milieu des affaires, tout en préservant la sécurité juridique.

IV. Les conditions générales d'affaires en forme électronique

La généralisation du commerce électronique et la multiplication des communications par internet ont poussé le législateur européen à consacrer une disposition expresse aux clauses d'élection de for conclues par des moyens électroniques. L'équivalence de ces derniers avec les écrits traditionnels est reconnue explicitement, avec des exigences souples: «Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite»⁸³.

La Cour de justice a été appelée à se prononcer sur ce texte dans un litige récent, *El Majdoub c/ CarsOnTheWeb*⁸⁴, concernant un contrat de vente d'une voiture, conclu par le biais d'un site internet. Dans les conditions générales d'affaires du vendeur, disponibles sur le site, était incluse une clause attributive de juridiction en faveur des instances belges et son efficacité a été contestée par l'acheteur allemand qui, en partant du fait que la page qui contenait lesdites conditions générales ne s'ouvrait pas automatiquement mais imposait le clic vers la fenêtre correspondante (le «*click-wrapping*»), soutenait que la clause avait un caractère arbitraire et inattendu et qu'elle ne devrait donc pas être validée. Les juridictions nationales saisies ont adressé une question préliminaire à la Cour de justice concernant le problème de savoir si la technique du «*click-wrapping*» remplissait les conditions du texte légal relatives à la communication par voie électronique, et plus précisément celle relative à la conservation durable

⁸² Pour des exemples des domaines dans lesquels des tels usages existent, voir U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 124-128, p. 648-649.

⁸³ La disposition, retrouvée aujourd'hui dans l'article 25(2) du Règlement a été introduite pour la première fois dans le Règlement 44/2001 – article 23(2) – et a été reprise de l'article 6(1) de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (12 juin 1996, en ligne: <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf> (consulté le 1^{er} décembre 2017)). Sur son interprétation, voir H. GAUDEMET-TALLON, préc., note 1, n° 138, p. 153; P. GARCIMARTIN, préc., note 21, p. 289-290, n° 9.43; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, préc., note 1, n° 129-131, p. 650-651.

⁸⁴ *Jaouad El Majdoub v CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, Affaire C-322/14, CJUE, 21 mars 2015.

par écrit de la convention⁸⁵. La Cour a opté pour une solution souple, de nature à favoriser les opérateurs qui recourent à des sites web actifs comme modalité de déroulement des affaires et de conclusion des contrats :

la technique d'acceptation par « click » des conditions générales d'un contrat de vente, tel que celui en cause au principal, conclu par voie électronique, qui contiennent une convention attributive de juridiction, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, au sens de cette disposition, lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat.⁸⁶

L'exigence de la possibilité de l'impression et de la sauvegarde des conditions générales d'affaires qui contenaient la clause litigieuse antérieurement à la conclusion du contrat est maintenue, et avec cela l'objectif de l'information nécessaire de l'acheteur est respecté. Toutefois, en ce qui concerne l'interprétation du concept de l'« écrit », la Cour se montre beaucoup moins sévère que dans les jugements classiques en la matière : la mise à la disposition des conditions générales est considérée réalisée à travers le lien hypertexte vers la page internet qui les contient, sans exiger que celles-ci soient effectivement envoyées au partenaire d'affaires⁸⁷ ; lorsqu'il coche la case relative à la prise de connaissance, le client est considéré avoir accepté les conditions générales d'affaires de son partenaire et la clause

⁸⁵ *Id.*, par. 19.

⁸⁶ *Id.*, par. 40.

⁸⁷ Une position différente est toutefois retenue pour ce qui est des contrats de consommation, à la lumière de la législation spécifique dans ce dernier domaine : par exemple, dans l'arrêt *Content Services (Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer, Affaire C-49/11, 5 juillet 2012*, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0049>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)), rendu dans l'interprétation de l'article 5(1) de la *Directive 97/7/CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs dans les contrats conclus à distance* (en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0007>> (consulté le 1^{er} décembre 2017)), la Cour européenne de justice a décidé qu'« une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni « fournies » par cette entreprise ni « reçues » par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un « support durable » au sens dudit article 5, paragraphe 1 ».

attributive de juridiction incluse, même si celles-ci n'ont pas été parcourues effectivement ni déchargées en vue de leur stockage.

*
* * *

Même dans un contexte de large admission des conventions attributives de juridiction dans l'espace européen, l'emploi des conditions générales d'affaires risque de ne pas toujours conduire aux résultats attendus par les parties. À défaut de précisions détaillées dans les dispositions légales, les interventions clarificatrices de la Cour européenne de justice ont institué en matière de clauses d'élection de for figurant dans des conditions générales un régime complexe, résultat de l'exercice d'équilibre fait par la haute juridiction entre des exigences substantielles fermes, tenant à l'effectivité du consentement des parties, et les besoins de flexibilité et de rapidité caractéristiques au monde des affaires. Toutefois, même si l'ouverture pour des solutions adaptées aux besoins des professionnels est évidente et malgré que dans les dernières années la jurisprudence n'a pas enregistré de changements majeurs, mais plutôt des confirmations et de petites précisions, la connaissance de ce régime, avec tous ses détails spécifiques, par les praticiens – de l'Europe ou d'ailleurs – fait difficulté. Ceci accroît les risques d'inefficacité des clauses ou parfois, au contraire, génère des surprises liées à leur validation. L'absence de consécration à tout le moins de certaines des solutions de la Cour de justice par le législateur dans le texte du Règlement (ou de son préambule) est à regretter.