

RECHTSLEER

DOCTRINE

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT/DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

L'actualité de la prorogation volontaire de compétence en matière civile et commerciale: jurisprudence et Brexit

Marie Dechamps¹

Introduction	8
I. Prorogation volontaire de compétence dans le règlement	8
A. Clause d'élection de for	9
1. Conditions d'applicabilité dans l'espace	9
2. Conditions de fond et de forme	9
B. La comparution volontaire du défendeur	10
II. Prorogation volontaire de compétence à travers le prisme de la Cour de justice	11
A. Validité substantielle et formelle des clauses	11
1. Précisions relatives aux conditions de forme de la clause	11
a) Clause écrite	11
b) Clause découlant d'un usage du commerce international	13
c) Clause conclue par la technique du click-wrapping	14
B. Conditions de fond	15
C. Opposabilité de la clause aux tiers	17
1. Enseignements antérieurs	17
2. Nouvelles précisions	18
D. Primauté des principes de prévisibilité et de confiance mutuelle sur le principe de mise en œuvre efficace du droit européen de la concurrence	19
1. Primauté de l'autonomie de la volonté	19
2. Fondements de la décision	19
E. Rapport entre les dispositions relatives à la prorogation volontaire de compétence	19
III. Prorogation de volontaire après le Brexit	20
A. Maintien du Règlement Bruxelles Ibis	20
B. Retour à la Convention de Bruxelles de 1968	20
C. Application de la Convention de Lugano ou de la Convention de Luganos bis	21
D. Adhésion à la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for	21
E. Application des règles de droit international privé nationales	21
Conclusion	22

RÉSUMÉ

Ces dernières années, la prorogation volontaire de compétence a fait l'objet de nombreux développements. D'une part, la Cour de justice a rendu plusieurs arrêts apportant des clarifications importantes sur ce régime mais générant également de nouvelles questions, sources d'insécurité juridique. D'autre part, le Brexit aura des conséquences sur le régime de la prorogation volontaire de compétence, quelle que soit l'issue des négociations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni.

¹ Assistante à la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain. L'auteur remercie le professeur S. FRANÇO pour sa relecture et ses conseils avisés.

SAMENVATTING

Er vinden belangrijke ontwikkelingen plaats met de regeling betreffende de aanwijzing van het bevoegde gerecht door de partijen. Verschillende arresten van het HvJ hebben duidelijkheid verschaft, maar stellen ook tegelijk nieuwe vragen inzake rechtszekerheid. Bovendien zal de Brexit gevolgen hebben op de regeling betreffende de aanwijzing van het bevoegde gerecht door de partijen, ongeacht de uitkomst van de onderhandelingen tussen de EU en het VK. Deze recente ontwikkelingen worden beschreven en kritisch geanalyseerd in deze bijdrage.

INTRODUCTION

Guidé par des objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique, le législateur européen confère une place importante à l'autonomie de la volonté dans ses règlements de droit international privé. En matière civile et commerciale, le Règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après règlement « Bruxelles Ibis ») consacre deux formes de prorogation volontaire de compétence². L'article 25 offre aux parties la possibilité de désigner à l'avance les juridictions compétentes pour connaître de leur litige et de déjouer ainsi l'application des dispositions générales et spéciales fondant en principe la compétence internationale. La comparution volontaire du défendeur devant les juridictions saisies par le demandeur, alors que celles-ci n'étaient en principe pas compétentes, constitue, à l'article 26, la seconde forme d'autonomie de la volonté du Règlement Bruxelles Ibis.

Le régime prévu respectivement par les articles 25 et 26 ne règle pas toutes les questions pouvant se poser en pratique. Il appartient à la Cour de justice d'interpréter, à l'occasion de questions préjudicielles soulevées par les juridictions nationales, ces dispositions. C'est donc en combinant la lecture de l'article 25 ou de l'article 26 du Règlement Bruxelles Ibis aux enseignements donnés par la Cour que les contours

du régime relatif aux clauses d'élection de for et à la comparution volontaire du défendeur peuvent être identifiés.

Le choix du Royaume-Uni de se retirer de l'Union européenne aura des conséquences sur le fonctionnement de l'espace judiciaire européen. Le sort du régime relatif à la prorogation volontaire de compétence dépendra de l'issue des négociations. Différentes options sont envisagées par la doctrine.

Depuis le 1^{er} octobre 2015, le paysage normatif de l'Union européenne est enrichi par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for³. Celle-ci prime sur l'application du Règlement Bruxelles Ibis lorsque le litige entre dans son champ d'application. Son application est néanmoins marginale puisque seuls l'Union européenne, le Mexique et Singapour l'ont ratifiée et qu'elle ne s'applique pas dans les rapports intra-européens⁴.

L'objet de cette contribution est de fournir une étude descriptive et critique de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la prorogation volontaire de compétence (II.) ainsi qu'une analyse de l'impact du Brexit sur ce régime (III.). Les lignes générales des régimes contenus aux articles 25 et 26 sont préalablement présentées (I.).

I. PROROGATION VOLONTAIRE DE COMPÉTENCE DANS LE RÈGLEMENT

Le Règlement Bruxelles Ibis est le produit de l'importante refonte du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après Règlement

« Bruxelles I »)⁵ et s'applique aux actions introduites après le 15 janvier 2015. Les articles 23 et 24 du Règlement Bruxelles I, respectivement devenus articles 25 et 26 dans le Règlement Bruxelles Ibis, ont subi plusieurs remaniements⁶.

² 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.*, L. 351, 20 décembre 2012, pp. 1 à 32).

³ Convention du 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for signée à La Haye et disponible sur le site de la Conférence de La Haye, www.hcch.net.

⁴ Pour une présentation générale de cette convention, voy. not. M. FALLON et S. FRANCO, « L'incidence de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for sur l'article 25 du Règlement Bruxelles Ibis », *J.T.*, 2016, pp. 169 à 177.

⁵ 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.*, L. 012, 16 janvier 2001, pp. 0001 à 0023).

⁶ Pour une analyse détaillée des modifications apportées par la refonte, voy. not. S. FRANCO, « La refonte du Règlement Bruxelles I. Champ d'application et compétence », *R.D.C.*, 2013, pp. 307 à 333; S. FRANCO, « Les clauses d'élection de for après la refonte du règlement Bruxelles I », in E. GUINCHARD, *Le nouveau Règlement Bruxelles Ibis. Règlement 1215/2012 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 107 à 146.

Le contenu de ces articles est brièvement décrit pour faciliter la compréhension de la suite de la contribution⁷.

A. Clause d'élection de for

L'article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis* prévoit que:

« 1. Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet Etat membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. 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 commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

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

3. Les juridictions d'un Etat membre auxquelles l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétentes pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

4. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 15, 19 ou 23 ou si les juridictions à la compétence desquelles elles dérogent sont exclusivement compétentes en vertu de l'article 24.

5. Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. »

Cette disposition contient des conditions d'applicabilité spatiale, dont l'objectif est d'assurer que la clause présente un rattachement suffisant avec l'Union européenne (1.) et des conditions de validité portant tant sur la forme que sur le fond de la clause dont l'objectif est de garantir la réalité du consentement des parties (2.).

1. Conditions d'applicabilité dans l'espace

L'article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis* soumet l'applicabilité de la clause à la condition qu'elle désigne les tribunaux d'un Etat membre. La nature de cette condition a fait l'objet de controverses dans le cadre de l'article 23 du Règlement Bruxelles I qui exigeait que la clause désigne les tribunaux d'un Etat membre et qu'une des parties soit domiciliée sur le territoire de l'Union européenne⁸. Elles ont longtemps été interprétées comme des conditions d'applicabilité. L'avis 1/03 de la Cour de justice a cependant semé le trouble en les qualifiant de conditions de validité⁹. L'enjeu de la controverse était important puisque selon la nature retenue, le sort de la clause était différent. Le non-respect d'une condition d'applicabilité entraînait la sortie du litige du champ d'application du Règlement Bruxelles *Ibis* et la soumission de la clause de juridiction au régime contenu dans les règles de droit international privé nationales du juge saisi¹⁰. Par contre, le non-respect d'une condition de validité avait pour effet d'écarter la clause, devenue non valide, et de soumettre le litige aux règles générales ou spéciales du Règlement Bruxelles *Ibis*. La Cour semble avoir mis fin à la controverse dans un arrêt de 2013 à l'occasion duquel elle qualifie les critères de l'article 23 de critères d'applicabilité¹¹.

2. Conditions de fond et de forme

Les règles de validité formelles et substantielles de la clause ont pour objet d'établir la réalité du consentement, objectif principal de cette disposition¹².

Au titre de conditions de fond, l'article 25 exige d'abord que la clause attributive de juridiction s'applique aux différends nés ou à naître dans le cadre d'un rapport de droit déterminé. L'objectif de cette condition est d'éviter que des parties concluent des clauses applicables à tous les différends suscepti-

⁷ Pour une analyse détaillée et complète de ce régime, voy. not. F. GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction », in A. DICKINSON et E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 277 et s.; U. MAGNUS, « Article 25 », in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Cologne, Ottoschmidt, 2016, pp. 583 à 669.

⁸ Cette condition relative au domicile d'une des parties est supprimée dans l'art. 25.

⁹ C.J.U.E., 7 février 2006, avis 1/03, ECLI:EU:C:2006:81, pt. 153.

¹⁰ Devant le juge belge, l'examen de la clause de juridiction serait, dans cette situation, soumis à l'art. 7 de la loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé (*M.B.*, 27 juillet 2004, p. 57344) (ci-après « Code D.I.P. »).

¹¹ C.J.U.E., 7 février 2013, C-543/10, *Refcomp SA / Axa Corporate Solutions Assurance SA e.a.*, ECLI:EU:C:2013:62, pt. 17.

¹² C.J.U.E., 7 juillet 2016, C-222/15, *Höszig Kft. / Alstom Power Thermal Services*, ECLI:EU:C:2016:525, pt. 32, citant C.J.C.E., 24 juin 1981, n° 150/80, *Elefantien Schuh GmbH / Pierre Jacquemain*, ECLI:EU:C:1981:148, pt. 25 et C.J.C.E., 16 mars 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA / Hugo Trumpy SpA*, ECLI:EU:C:1999:142, pt. 34.

bles de naître entre elles et à l'occasion de n'importe quel rapport de droit¹³. Deuxièmement, les clauses impliquant un travailleur, un consommateur ou concernant la matière d'assurances font l'objet d'exigences particulières quant au fond en raison de la qualité de ces parties¹⁴. Enfin, l'adoption de clauses attributives de juridiction est proscrite dans les matières énumérées à l'article 24 relatif aux compétences exclusives¹⁵.

Les conditions de forme sont limitativement énumérées à l'article 25, 1., a) à c), et 2., et sont d'interprétation stricte¹⁶. Il appartient au juge saisi d'examiner si l'accord a effectivement fait l'objet d'un consentement par les parties, consentement qui doit se manifester de manière claire et précise¹⁷. Aucune autre condition, tirée du droit national, ne peut être imposée par un juge national¹⁸. Ce dernier enseignement a soulevé quelques difficultés dans le cadre du Règlement Bruxelles I, partiellement résolues par la refonte. En effet, dans le contexte du Règlement Bruxelles I, la question était de savoir si le droit national pouvait compléter le régime de validité des clauses établi par le règlement dans l'hypothèse où un vice de consentement était invoqué¹⁹. Dans l'affirmative, comment fallait-il déterminer les limites dans lesquelles le régime pouvait être complété et au regard de quel droit national²⁰? La réforme du Règlement Bruxelles I a apporté les précisions suivantes. D'une part, le Règlement Bruxelles *Ibis* admet que le droit national complète le régime de l'article 25 en ce qui concerne la validité substantielle d'une clause, à l'exclusion de la validité formelle²¹. L'enjeu est donc de déterminer, dans des cas précis, si les conditions

tirées du droit national sont des conditions de forme ou de fond au sens de l'article 25²². D'autre part, l'article 25 renvoie au droit de l'Etat membre dont les juridictions ont été désignées²³.

B. La comparution volontaire du défendeur

L'article 26 du Règlement Bruxelles *Ibis* dispose que:

« 1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un Etat membre devant laquelle le défendeur comparaît est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 24.

2. Dans les matières visées aux sections 3, 4 ou 5, lorsque le preneur d'assurance, l'assuré, un bénéficiaire du contrat d'assurance, la victime, le consommateur ou le travailleur est le défendeur, avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution. »

L'application de l'article 26 implique donc la réunion de trois conditions: la saisine des juridictions d'un Etat membre, la comparution effective du défendeur et le respect des limites qu'il fixe²⁴.

¹³ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2015, p. 139, n° 148.

¹⁴ Voy. art. 25, 4., du Règlement Bruxelles *Ibis* renvoyant à l'art. 15 sur la matière d'assurances, à l'art. 19 sur les contrats de consommation et à l'art. 23 sur les contrats individuels de travail.

¹⁵ Art. 25, 4., du Règlement Bruxelles *Ibis*.

¹⁶ C.J.C.E., 11 juillet 1985, 221/84, *F. Berghoefier GmbH & Co KG / ASA SA*, ECLI:EU:C:1985:337, pt. 13 et la jurisprudence qui y est citée.

¹⁷ C.J.U.E., 20 avril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM SpA / Stefano Ossi e.a.*, ECLI:EU:C:2016:282, pt. 27; C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp*, o.c., pt. 27; C.J.U.E., 9 novembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime GmbH / Handelsveem BV e.a.*, ECLI:EU:C:2000:606, pt. 13.

¹⁸ C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, o.c., pt. 25.

¹⁹ A ce propos, voy. S. FRANCO, « La refonte du Règlement Bruxelles I. Champ d'application et compétence », o.c., p. 329.

²⁰ O.c., p. 328.

²¹ En ce sens, voy. not. S. FRANCO, « La refonte du règlement Bruxelles I. Champ d'application et compétence », o.c., p. 330; F. GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction », o.c., p. 286, n° 9.34. En indiquant que les juridictions désignées par les parties 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 », l'art. 25, 1., limite en effet l'intervention du droit national aux conditions de fond. Le considérant 20 s'inscrit dans cette logique également (« est entaché de nullité quant à sa validité au fond »).

²² R.A. BRAND, « Consent, Validity and Choice of Forum Agreements in International Contracts », in *Liber amicorum H. Bocken*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 541 et s., spéc. pp. 551 et 552; U. MAGNUS, « Choice of Courts Agreements in the Review Proposal for Brussels I Regulation », in E. LEIN, *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, pp. 83 et s., spéc. p. 93; S. FRANCO, « La refonte du Règlement Bruxelles I. Champ d'application et compétence », o.c., p. 330; J.-P. BERAUDO, « Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.D.I.*, 2013, pp. 741 et s., spéc. pp. 749 et 750.

²³ Précisons que le considérant 20 indique que le droit national visé à l'art. 25 comprend également les règles de droit international privé de ce droit. En d'autres termes, le considérant 20 semble consacrer l'application de la règle de conflit de lois du juge saisi. En Belgique, il y a lieu de se référer, pour la matière contractuelle, au 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.*, L. 177, 4 juillet 2008, pp. 6 à 16)) et, le cas échéant, à l'art. 98 du Code D.I.P. pour déterminer le droit applicable. Si le litige porte sur la matière délictuelle, il y a lieu, pour déterminer le droit matériel applicable, de se référer au règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (*J.O.*, L. 199, 31 juillet 2007, pp. 40 à 49) et, le cas échéant, à l'art. 99 du Code D.I.P.

²⁴ Pour une analyse détaillée de cette disposition, voy. not. F. GARCIMARTIN, « Prorogation of jurisdiction », o.c.; A.-L. CALVO CARAVACA et J. CARRAS-COSA GONZALES, « Article 26 », in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Cologne, Ottoschmidt, 2016, pp. 583 à 669.

II. PROROGATION VOLONTAIRE DE COMPÉTENCE À TRAVERS LE PRISME DE LA COUR DE JUSTICE

Depuis l'adoption de la Convention de Bruxelles de 1968, la Cour est régulièrement appelée à interpréter les régimes actuellement inscrits aux articles 25 et 26 du Règlement Bruxelles *Ibis*²⁵. Ces dernières années n'ont pas fait exception à cette tendance. L'entrée en vigueur de la refonte n'efface pas la jurisprudence relative aux articles 23 et 24 du Règlement Bruxelles I et aux articles 17 et 18 de la Convention de Bruxelles de 1968. Au contraire, le considérant 34 du Règlement Bruxelles *Ibis* prévoit que les enseignements fournis par la Cour dans le cadre de la Convention de Bruxelles de 1968 et du Règlement Bruxelles I sont transposés à l'interprétation du Règlement Bruxelles *Ibis* lorsque les dispositions de ces instruments peuvent être qualifiées d'équivalentes.

Dans son rôle d'interprétation des règlements, la Cour a pour mission de fournir une interprétation autonome des termes qu'ils contiennent, en se référant au système et aux objectifs de ceux-ci²⁶. Le Règlement Bruxelles *Ibis* unifie les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale en établissant des règles de compétence qui présentent un haut degré de prévisibilité²⁷. Ces règles permettent de renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union européenne, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré²⁸. L'objectif des règles relatives à la prorogation volontaire de compétence est d'assurer la réalité du consentement des parties. C'est donc dans cet esprit que la Cour interprète les termes de ces dispositions.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour a été appelée à interpréter certaines conditions de fond et de forme (A. et B.). Par ailleurs, la clause de juridiction n'est *a priori* opposable qu'aux parties qui l'ont signée. Cependant, depuis plusieurs années, la Cour a admis, dans certaines hypothèses précises et sous réserve de conditions, que ces clauses soient opposables à des tiers. Deux arrêts récents ont permis à la Cour d'affiner ses règles sur cette problématique (C.). Les deux dernières thématiques ayant fait l'objet d'enseignements récents portent sur des questions d'articulation. Un premier arrêt soulève la question de l'articulation entre les principes de prévisibilité, de confiance mutuelle et de mise en œuvre efficace du droit européen de la concurrence (D.). Dans le second arrêt, la Cour est interrogée sur l'articulation entre les

deux dispositions du règlement consacrant la prorogation volontaire de compétence (E.).

A. Validité substantielle et formelle des clauses

1. Précisions relatives aux conditions de forme de la clause

Les arrêts interprétatifs les plus récents de la Cour portent sur la validité de la clause écrite (a)), de la clause adoptée dans le cadre d'un usage commercial (b)) et, enfin, de la clause transmise par voie électronique (c)).

a) Clause écrite

(1) Identification de la juridiction désignée

Dans la première affaire analysée, la Cour a apporté des précisions sur la manière dont la juridiction compétente doit être désignée par la clause²⁹. Dans les faits, la société Höszi, établie en Hongrie, et Tchénos, personne morale établie en France, avaient conclu plusieurs contrats d'entreprise par lesquels il était prévu que Tchénos, en qualité de sous-traitant, fabrique en Hongrie des structures électriques destinées à être intégrées dans des centrales électriques localisées en France. Lors des négociations précontractuelles, Tchénos a communiqué à la société Höszi ses conditions générales de fourniture qui contenaient une clause désignant les tribunaux de Paris. Le premier contrat conclu entre elles rappelait l'application des conditions générales dans leurs relations contractuelles. A la suite d'un différend dans l'exécution du contrat, la société Höszi a saisi les tribunaux hongrois sur la base de l'article 7, 1), a), du Règlement Bruxelles *Ibis*. Après que l'autre partie ait opposé la clause de juridiction, le tribunal de Pécs (Hongrie) a interrogé la Cour sur la question de savoir si une clause désignant les tribunaux de Paris était suffisamment précise³⁰.

Selon la jurisprudence antérieure de la Cour, la clause ne doit pas nécessairement contenir le nom spécifique de la juridiction compétente lorsqu'elle énonce les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le juge compétent³¹. Ces éléments doivent néanmoins être suf-

²⁵. Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.*, L. 299, 31 décembre 1972, pp. 32 à 42). Cette convention, conclue entre les Etats membres lorsque l'Union européenne n'avait pas encore reçu la compétence d'adopter des règlements de droit international privé, a précédé l'adoption du Règlement Bruxelles I.

²⁶. C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-112/13, *A / B e.a.*, ECLI:EU:C:2014:2195, pt. 50; C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp*, o.c., pt. 21.

²⁷. C.J.C.E., 3 mai 2007, C-386/05, *Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2007:262, pt. 19.

²⁸. C.J.U.E., 13 juillet 2006, C-103/05, *Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, ECLI:EU:C:2006:471, pts. 24 et 25.

²⁹. C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Höszi*, o.c. Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires. Voy. not. L. IDOT, « Clause attributive de juridiction et réalité du consentement », *Europe*, Comm. n° 10, 2016, p. 40; C. NOURISSAT, « Opposabilité d'une clause attributive de juridiction stipulée dans des conditions générales », *Procédures*, n° 12, 2016, p. 24; H. HERMAN, « Précisions sur les critères de validité des clauses attributives de compétence dans l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, n° 42, 2016, pp. 65 à 66.

³⁰. Concl. Av. gén. M. SZPUNAR, 7 avril 2016, C-222/15, pt. 39.

³¹. C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Höszi*, o.c., pt. 43.

fisamment précis afin de permettre au juge de déterminer s'il est compétent. Ils peuvent même être concrétisés par les circonstances propres à la situation de l'espèce³². En l'occurrence, la clause de juridiction désignant la capitale d'un Etat membre, à savoir Paris, qui est par ailleurs complétée d'une clause de choix de loi désignant la loi française répond, selon la Cour, aux exigences de précision de l'article 25 du règlement³³.

(2) Validité d'une clause contenue dans un document rédigé unilatéralement par une partie

Lorsque la clause de juridiction est rédigée unilatéralement par une partie et est contenue dans un document séparé du contrat, comme par exemple ses conditions générales, on peut se demander si elle répond aux exigences de l'article 25, 1., a), du Règlement. Précédemment interrogée sur la question de la validité d'une telle clause, la Cour a développé des critères d'interprétation autonomes visant à garantir que l'auteur de la clause de juridiction ait informé l'autre partie de son existence et que celle-ci a pu raisonnablement en prendre connaissance avant de conclure le contrat³⁴. Il ressort de ces critères que la signature apposée directement par une partie sur les conditions générales de l'autre partie répond aux exigences de l'article 25, 1., a)³⁵. La clause contenue dans des conditions générales d'une des parties auxquelles il est fait expressément référence dans le contrat est également valide, pour autant que les conditions générales soient directement jointes au contrat³⁶. Si enfin la clause est contenue dans les conditions générales qui ne sont pas directement annexées au contrat, l'article 25, 1., a), est respecté lorsque le renvoi à ces conditions dans le contrat est « susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale » et si les conditions générales ont été effectivement communiquées à l'autre partie contractante³⁷.

Les arrêts *Höszig* et *Profit Investment* ont respectivement permis de confirmer et de préciser ces enseignements. Dans le premier cas, la clause était inscrite dans les conditions générales d'une partie et la Cour a simplement confirmé les solutions déjà adoptées³⁸. En l'espèce, la clause était opposable puisqu'elle était contenue dans les conditions générales de fourniture d'une des parties, qu'elles avaient été communiquées à l'autre partie et qu'il y était expressément fait référence dans le contrat.

Dans l'arrêt *Profit Investment*, la clause se trouvait dans un prospectus lié à l'émission de titres obligataires³⁹. En l'espèce, une société italienne, Profit Investment, avait investi, auprès de l'intermédiaire financier Redi, localisé au Royaume-Uni, dans des produits financiers dérivés (des dérivés de crédits, Crédit Linked Notes) liés à une entité de référence E3 localisée au Luxembourg. La société Redi avait elle-même acheté ces titres lors d'une souscription lancée par la Dresdner Bank AG devenue Commerzbank, dont le siège social est situé en Allemagne. Les conditions du programme d'émission ainsi que les conditions économiques des titres obligataires étaient inscrites dans un prospectus rédigé par Commerzbank. Le prospectus contenait également une clause de juridiction désignant les tribunaux anglais. Le prospectus en cause est un document que les sociétés de l'Union européenne publient en application du règlement n° 2017/1129 lorsqu'elles émettent des titres pour attirer les investissements⁴⁰. A la suite d'un événement de crédit de l'entité de référence E3, Profit Investment s'est vu transférer les titres de E3, devenue insolvable. La perte subie d'environ 1.100.000 EUR par Profit Investment a entraîné sa liquidation judiciaire. Les tribunaux italiens ont été saisis en dépit de la clause de juridiction. Parmi les questions soulevées par cette affaire se trouvait celle de savoir si la clause rédigée unilatéralement par l'émetteur des titres obligataires

³² *Ibid.*, pt. 43 citant C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime, o.c.*, pt. 15.

³³ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Höszig, o.c.*, pts. 46 et 47.

³⁴ F. GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction », *o.c.*, spéc. n° 9.41; A. LAYTON et H. MERCER, *European Civil Practice*, London, Sweet and Maxwell, 2004, n° 20.076.

³⁵ R. JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », in P.-A. FORTIERS, *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 79 à 144, spéc. p. 124, renvoyant à Gand, 5 avril 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 384, pt. 2; Civ. Liège (réf.), 27 novembre 2007, *Ius & actores*, 2009/3, p. 153, IV, note L. VANFREACHEM; Oberster Gerichtshof, 28 avril 2000, 10B358/99z, p. 11.

³⁶ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Höszig, o.c.*, pt. 39 citant C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali, o.c.*, pt. 13 et C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment, o.c.*, pt. 26.

³⁷ C.J.C.E., 14 décembre 1976, n° 24/76, *Estasis Salotti di Colzani Aimò e Gianmario Colzani s.n.c./Rüwa Polstereimaschinen GmbH*, ECLI:EU:C:1976:177, pt. 12.

³⁸ C.J.U.E., 7 juillet 2016, *Höszig, o.c.*, pt. 40, citant C.J.C.E., 14 décembre 1976, *Estasis Salotti di Colzani Aimò e Gianmario Colzani, o.c.*, pt. 12. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont décrits *supra*, II., A., 1., a), (1).

³⁹ C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment, o.c.* Cet arrêt a été commenté par plusieurs auteurs. Voy. not. L. IDOT, « Prorogation de compétence et clause insérée dans un prospectus d'émission de titres », *Europe*, Comm. n° 6, 2016, pp. 39 à 40; C. NOURISSAT, « Validité et opposabilité d'une clause attributive stipulée dans un prospectus financier », *Procédures*, n° 6, 2016, pp. 21 à 22; L. STRIKWERDA, « Nederlandse jurisprudentie: uitspraken in burgerlijke en strafzaken », *Afl.* 48, 2016, pp. 6205 à 6208; S. CORNELOUP, « Investor Issuer Disputes under the Brussels I Regulation. The ECJ Profit Investment Sim Ruling on Enforceability of Jurisdiction Clauses », *Revue Internationale des Services Financiers*, 2016, pp. 24 à 29; L. WELLING-STEFFENS, « Bindt een forumkeuzebeding opgenomen in een prospectus opvolgend obligatiehouders? », *Ondernemingsrecht*, 2016, pp. 595 à 598; C. KLEINER, « Commentaire sous l'arrêt Profit Investment », *J.D.I.*, 2017, pp. 4 à 17.

⁴⁰ Règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive n° 2003/71/CE (*J.O.*, L. 168, 30 juin 2017, pp. 12 à 82).

et contenue dans un prospectus répondait au critère de forme fixé par l'article 25, 1., a)⁴¹.

La Cour a décidé que la clause reprise dans le prospectus n'est pas valide à moins que le contrat mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à celle-ci⁴². Cette décision se détache quelque peu des solutions dégagées par la Cour à propos des clauses contenues dans les conditions générales d'une partie. La Cour n'a en effet pas distingué, à l'instar de sa jurisprudence antérieure, l'hypothèse dans laquelle le prospectus est directement annexé au contrat des autres situations. Pourtant, ces deux documents présentent des caractéristiques similaires. La raison qui a poussé la Cour à adopter une décision plus souple tient peut-être au fait que, dans l'affaire qui l'occupait, la validité de la clause a été envisagée sous l'angle de la forme écrite et, à titre subsidiaire, sous l'angle de l'usage du commerce international. A-t-elle été influencée dans son jugement par le fait que cette clause s'apparentait à un usage du commerce international générant une appréciation plus souple du consentement?

b) Clause découlant d'un usage du commerce international

L'arrêt *Profit Investment*, dont il vient d'être question, mettait en cause la validité formelle de la clause de juridiction contenue dans un prospectus d'émission de titres obligataires et rédigée unilatéralement par l'émetteur des titres. Dans

un premier temps, la clause a été analysée par la Cour de justice sous l'angle de l'article 25, 1., a)⁴³. Dans un deuxième temps, celle-ci réserve la possibilité d'admettre la validité de la clause si elle est conforme à un usage commercial (art. 25, 1., c)) lorsqu'elle ne répond pas aux exigences de forme écrite⁴⁴.

L'objectif du point c) est de trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité que des clauses de juridiction adoptées par une seule partie ne passent pas inaperçues et, d'autre part, la nécessité de pouvoir présumer l'existence d'un consentement et, partant, d'économiser du temps dans les négociations, lorsqu'il existe certains usages commerciaux dans la branche considérée du commerce international⁴⁵. Faisant référence à sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle les conditions permettant d'établir l'existence d'un usage commercial: la conclusion d'un contrat relevant du commerce international et un usage dont l'existence est déterminée par référence à la branche commerciale dans laquelle les parties contractantes exercent leurs activités⁴⁶. Il appartient au juge national de vérifier l'existence d'un tel usage ainsi que la connaissance effective ou présumée de ces usages par les parties. Ce sera le cas si le juge peut établir l'existence d'un certain type de comportement généralement et régulièrement suivi par les opérateurs de cette branche⁴⁷. Le fait qu'un usage soit contesté devant les tribunaux ne veut pas nécessairement dire qu'il n'existe pas⁴⁸. L'arrêt *Profit Investment* fournit des balises visant à aider le juge dans son travail d'interprétation⁴⁹.

41. Les autres questions posées par la Cour de cassation italienne étaient les suivantes: « (1) Le rapport entre des affaires différentes, envisagé à l'article 6, 1., du règlement n° 44/2001, peut-il, ou non, être réputé existant dans un cas où l'objet des demandes formées dans les deux actions est différent, tout comme l'est le titre qui sert de fondement aux demandes en justice, sans qu'il y ait un lien de subsidiarité ou d'incompatibilité logico-juridique entre elles, mais où l'éventuelle reconnaissance du bien-fondé de l'une d'elles est potentiellement apte, en fait, à se refléter sur l'étendue du droit dont la protection est demandée dans le cadre de l'autre demande? (2) (...) (3) La 'matière contractuelle' visée à l'article 5, 1., dudit règlement doit-elle s'entendre comme limitée seulement aux litiges dans lesquels on entend invoquer le rapport juridique résultant du contrat, ainsi qu'à ceux qui dépendent étroitement de ce rapport, ou s'étend-elle aussi aux litiges dans lesquels la partie demanderesse, loin d'invoquer le contrat, conteste l'existence d'un lien contractuel juridiquement valide et vise à obtenir la restitution de ce qui a été versé sur le fondement d'un titre dépourvu, selon elle, de toute valeur juridique? »

42. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 29. La Cour suit ainsi l'avis de l'avocat général (Concl. Av. gén. Y. BOT, 23 avril 2015, C-366/13, pt. 46).

43. Voy. *supra*, II., A., 1., a), (2).

44. Selon que l'on valide la clause sous l'angle de l'art. 25, 1., a) ou c), des conséquences différentes en terme d'opposabilité de la clause aux tiers se dégagent. Sur ce point, voy. *infra*, II., C.

45. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 40, citant C.J., 20 février 1997, C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) / Les Gravières Rhénanes SARL*, ECLI:EU:C:1997:70, pt. 19 et C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, o.c., pts. 20 et 21.

46. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 40, citant C.J.C.E., 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, o.c., pt. 23 et C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, o.c., pt. 25.

47. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 44, citant C.J.C.E., 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, o.c., pt. 23 et C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, o.c., pt. 26.

48. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, pt. 47, citant C.J.C.E., 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, o.c., pt. 17 et C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, o.c., pt. 29.

49. Au point 49, on peut lire: « Parmi les éléments à prendre en compte pour déterminer, dans l'affaire au principal, si l'insertion dans le prospectus d'une clause attributive de juridiction constitue un usage dans le secteur dans lequel opèrent les parties, dont celles-ci avaient connaissance ou qu'elles étaient censées connaître, la juridiction de renvoi devra tenir compte notamment de la circonstance que ledit prospectus a préalablement été approuvé par la bourse de Dublin et mis à la disposition du public sur le site Internet de cette dernière, ce qui ne paraît pas avoir fait l'objet d'une contestation de la part de Profit dans l'instance sur le fond. En outre, 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'. »

Dans les faits, la clause d'élection de for dans les prospectus de ce type est très courante. Il s'agit d'une clause-type⁵⁰.

c) Clause conclue par la technique du *click-wrapping*

L'arrêt *El Majdoub* a apporté des précisions relatives à la validité de la clause inscrite dans des conditions générales accessibles sur un site Internet par rapport auxquelles l'autre partie marque son consentement en cochant une case (technique dite du *click-wrapping* ou de l'acceptation par clic)⁵¹. *A priori*, cette forme de clause n'est pas exclue du Règlement Bruxelles *Ibis* qui assimile la clause transmise par une voie électronique permettant sa consignation de manière durable à une forme écrite (art. 25, 2.).

En l'espèce, un concessionnaire automobile allemand, M. El Majdoub, avait acheté une voiture électrique via le site Internet d'une société allemande (*CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*), filiale d'une société mère implantée en Belgique. Au moment d'effectuer son achat sur le site Internet de la société allemande, M. El Majdoub a consenti, en cochant une case, aux conditions générales de cette première, lesquelles contenaient une clause de juridiction désignant les tribunaux belges. La vente fut annulée par la société allemande, invoquant des dommages subis par le véhicule. Soupçonnant qu'il s'agissait d'un faux prétexte pour annuler une vente à un prix trop faible, M. El Majdoub a introduit une action devant les tribunaux allemands mais s'est vu opposer la clause de juridiction. Selon lui, celle-ci n'est pas valide étant donné qu'au moment où il a coché la case relative aux conditions générales de vente, celles-ci auraient dû automatiquement s'ouvrir pour respecter l'article 25, 2., du Règlement Bruxelles *Ibis*. Se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle qu'il appartient au juge de s'assurer que la clause ait fait l'objet d'un consentement qui s'est manifesté de manière claire et précise. Dans le cas d'espèce, elle considère que la technique du *click-wrapping* permet d'établir ce consentement⁵². Cette décision lapidaire est interpellante à l'égard de

la validité de la clause elle-même et des garanties entourant l'identité de la personne ayant coché la case.

(1) Validité formelle

Cet enseignement peut-il être relié à la jurisprudence antérieure de la Cour portant sur la validité des clauses de juridiction contenues dans les conditions générales d'une partie⁵³? En l'admettant, on devrait considérer que la situation présentée dans cet arrêt correspond à l'hypothèse dans laquelle un contrat fait référence à une clause contenue dans les conditions générales d'une partie qui ne sont pas directement annexées à celui-ci⁵⁴. Dans l'affaire *El Majdoub*, les conditions générales ne sont pas physiquement annexées au contrat et l'acheteur doit cliquer sur un lien hypertexte pour en prendre connaissance. Dans ce cas, on peut se demander pourquoi la Cour n'a pas imposé les mêmes conditions dans le litige *El Majdoub*, à savoir que le renvoi à ces conditions soit « susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale » et que les conditions générales aient été effectivement communiquées à l'autre partie contractante⁵⁵. Cette incohérence peut probablement s'expliquer par le fait que la Cour ait voulu adapter une jurisprudence rendue à une époque où ces formes électroniques de transmission des clauses n'existaient pas⁵⁶. Paradoxalement, la Cour adopte une solution plus souple pour l'effectivité des clauses électroniques alors qu'intuitivement, il aurait été raisonnable de penser que ce type de clause devait être approché avec plus de prudence étant donné que les cocontractants ne se rencontrent pas.

L'adoption de règles différentes en matière de validité des clauses contenues dans un document rédigé par une seule partie, qu'il prenne la forme d'un écrit classique ou électronique, témoigne-t-elle d'une volonté de la Cour de prévoir des solutions au cas par cas? Lorsqu'elle est confrontée à une question que le règlement ne résout pas explicitement, la Cour peut adopter deux types de raisonnement. Le premier consiste à renvoyer au droit national applicable⁵⁷. Ce renvoi implique concrètement que le juge saisi doive, au stade de la vérification de sa compétence, consulter le droit matériel désigné par la règle de conflit de lois applicable pour régler la question⁵⁸.

⁵⁰. C. KLEINER, *o.c.*, p. 14.

⁵¹. C.J.U.E., 21 mai 2015, C-322/14, *Jaouad El Majdoub / CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2015:334. Pour des commentaires relatifs à cet arrêt, voy. not. S. FARMER, « Online Retailers Doing Business in Europe Learn a Key Tip to Avoid the Pitfall of Having to Unwittingly Litigate Before Courts in Unfamiliar Jurisdictions When Things Go Wrong », *Computer and Telecommunications Law Review*, 2015, pp. 173 à 174; L. IDOT, « Transmission par voie électronique d'une clause attributive de juridiction », *Europe*, 2015, p. 36; C. NOURISSAT, « Acceptation d'une clause attributive de juridiction dématérialisée: de l'effet du 'clic'... », *Procédures*, n° 7, 2015, pp. 18 à 19; A. DICKINSON et J. UNGERER, « 'Click Wrapping' Choice of Court Agreements in the Brussels I Regime », *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016, pp. 15 à 19; S. FRANCO et M. DECHAMPS, « Une clause de juridiction en un clic », *J.T.*, 2016, pp. 121 à 126.

⁵². C.J.U.E., 21 mai 2015, *El Majdoub*, *o.c.*, pt. 31.

⁵³. Sur ce régime, voy. *supra*, II., A., 1., a), (2).

⁵⁴. Voy. *supra*, II., A., 1., a), (2).

⁵⁵. S. FRANCO et M. DECHAMPS, *o.c.*, p. 123.

⁵⁶. *O.c.*, p. 124.

⁵⁷. Ce raisonnement a été adopté dans le cadre de l'interprétation de l'art. 7, 1), a), portant sur la compétence internationale en matière contractuelle. Voy. C.J.C.E., 6 octobre 1976, n° 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como contre Dunlop AG*, ECLI:EU:C:1976:133, pt. 15.

⁵⁸. Dans le cadre de l'art. 7, 1), a), la question posée à la Cour était de savoir comment déterminer le lieu d'exécution de l'obligation en litige. En renvoyant au droit national applicable, la Cour impose au juge national de déterminer, dans un premier temps, le droit applicable par le biais d'une règle de conflit de lois. Dans un second temps, le juge national consulte comment le droit matériel applicable localise le lieu de l'exécution de l'obligation en litige. Le juge national compétent est le juge du lieu ainsi désigné par le droit matériel applicable.

Le contenu du droit matériel compétent lui permet alors de solutionner la difficulté face à laquelle il se trouve et d'établir sur cette base sa compétence. Le second raisonnement consiste à régler elle-même la difficulté sans se référer au droit matériel applicable. Elle peut alors adopter une règle générale ou prévoir des solutions spécifiques à chaque cas d'espèce. C'est cette dernière option que la Cour a prise dans le cadre de la question de la validité d'une clause rédigée par une seule partie⁵⁹. Cette voie présente l'avantage de garantir, pour chaque cas résolu, une application uniforme des solutions mais complexifie la compréhension des dispositions du règlement et augmente les coûts de procédure puisqu'elle nécessite le passage devant la Cour pour chaque nouvelle question liée à la matière.

Pour qu'une clause transmise par voie électronique s'applique, l'article 25, 2., impose qu'elle puisse être conservée de manière durable. A ce propos, la Cour enseigne qu'il suffit qu'il soit possible de sauvegarder et d'imprimer les informations avant la conclusion du contrat⁶⁰. Il n'est donc pas requis que la clause ait effectivement été sauvegardée⁶¹. Il est intéressant d'observer que la Cour se montre moins exigeante dans le cadre de l'article 25 que l'article 5, 1., de la directive n° 2011/83 relative aux droits des consommateurs qui exige que le cocontractant reçoive la clause, c'est-à-dire qu'il y ait eu une forme de transmission de celle-ci et pas uniquement une mise à disposition⁶². Cette divergence d'appréciation s'explique probablement par le fait que la directive vise à protéger les consommateurs alors que l'article 25 et le litige en cause ne se situent pas dans cette optique consumériste⁶³. Pour respecter l'enseignement de la Cour, il semblerait pourtant que, pour pouvoir invoquer la clause, il faudrait que son auteur l'ait consignée au moment où l'autre partie y a consenti⁶⁴. A défaut, comment peut-il prouver que les conditions générales se trouvant sur son site Internet n'ont pas été modifiées ultérieurement?

(2) Identité du cocontractant

Cet arrêt interpelle encore car il n'impose aucune garantie relative à l'identité de la personne effectuant les transactions en ligne. L'acte qui consiste à cocher une case n'équivaut en effet pas à une signature électronique⁶⁵. Comment avoir l'assurance que la partie ayant coché la case soit bien celle à qui la clause est opposée?

(3) Impact de la refonte

Si un Etat interdit la technique du *click-wrapping* dans son droit national, s'agit-il d'une condition de forme ou de fond au sens du règlement? Dans le premier cas, cette interdiction serait écartée par le régime auto-suffisant du règlement quant à la forme alors que, dans le second cas, cette condition pourrait être prise en compte. Le précédent aujourd'hui établi par l'arrêt *El Majdoub* quant à l'interprétation de l'article 23, 2., du Règlement Bruxelles I conduirait sans doute à écarter la disposition nationale puisque la Cour analyse la technique du *click-wrapping* comme participant à la validité formelle de la clause⁶⁶. Mais entre la forme et le fond, la marge est mince, surtout lorsque la fonction des conditions de forme est d'assurer « le consentement des parties » selon la formule consacrée par la Cour. C'est bien la raison pour laquelle l'arrêt de la Cour laisse un peu sonneur⁶⁷.

B. Conditions de fond

Pour s'appliquer, la clause doit désigner un rapport de droit déterminé (art. 25, 1.). L'objectif du législateur est d'éviter que les parties concluent une clause visant, de manière générale, tous les différends susceptibles de naître entre elles à l'occasion de n'importe quel rapport juridique⁶⁸. Cette condition est respectée lorsque le rapport de droit est défini de manière suffisamment précise⁶⁹. Pour un certain nombre d'auteurs, la clause s'applique aux litiges portant sur la matière délictuelle impliquant des parties liées dans une rela-

⁵⁹. Elle a adopté le même raisonnement dans le cadre de l'art. 7, 1), b), du Règlement Bruxelles *Ibis*. Sur le processus interprétatif de l'art. 7 du Règlement Bruxelles *Ibis*, voy. S. FRANCO, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, « L'actualité de l'article 5.1. du Règlement Bruxelles I. Evaluation des premiers arrêts interprétatifs portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *R.D.C.*, 2012/2, pp. 127 à 144.

⁶⁰. C.J.U.E., 21 mai 2015, *El Majdoub*, *o.c.*, pt. 36.

⁶¹. G. RUE, « Vente online entre professionnels: validité de la clause de juridiction dans des conditions de vente acceptées par un clic », *Bull. Jur. & Soc.*, 2016, p. 11.

⁶². C. NOURISSAT, « Acceptation d'une clause de juridiction dématérialisée: de l'effet du 'clic'... », *o.c.*, p. 224; Directive (UE) n° 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive n° 93/13/CEE du Conseil et la directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n° 85/577/CEE du Conseil et la directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (*J.O.*, L. 304, 22 novembre 2011, pp. 64 à 88).

⁶³. C. NOURISSAT, « Acceptation d'une clause de juridiction dématérialisée: de l'effet du 'clic'... », *o.c.*, p. 225; S. FRANCO et M. DECHAMPS, *o.c.*, p. 125.

⁶⁴. En ce sens égal. A. NUYSYS et H. BOULARBAH, « Droit international privé européen », *J.D.E.*, 2016, pp. 30 à 40, spéc. n° 9.

⁶⁵. La signature électronique est définie par la Directive n° 1999/93/CE comme « une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification » (Directive CE n° 1999/93 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*J.O.*, L. 13, 19 janvier 2000, pp. 12 à 20)).

⁶⁶. S. FRANCO et M. DECHAMPS, *o.c.*, p. 125.

⁶⁷. *O.c.*, p. 125.

⁶⁸. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *o.c.*, n° 148.

⁶⁹. F. GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction », *o.c.*, p. 302, n° 9.86.

tion contractuelle⁷⁰. Appliquée aux atteintes au droit de la concurrence, cette solution aurait dû pousser le juge à admettre l'application de la clause initialement destinée à couvrir les relations contractuelles des parties lorsque l'une d'entre elles s'est rendue coupable d'une telle atteinte⁷¹.

Dans l'arrêt *Cartel Damage Claim*, la Cour a apporté d'utiles précisions en matière d'infraction au droit de la concurrence découlant d'une entente illicite⁷². Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont les suivants. Suite à une décision de la Commission européenne en 2006 condamnant une entente conclue par plusieurs sociétés livrant du peroxyde d'hydrogène et du sodium de perborate en méconnaissance du droit européen de la concurrence, une société belge, CDC, a succédé aux droits à un dédommagement de plusieurs sociétés victimes de ce cartel. Cette dernière a introduit une action devant un tribunal allemand contre 6 sociétés condamnées par la Commission et ces dernières lui ont opposé la clause de juridiction et d'arbitrage conclue entre elles et les sociétés victimes. Une des questions soulevées dans le cadre de cette affaire était de savoir si la clause, visant les litiges découlant de la relation contractuelle, pouvait également s'appliquer à un litige relevant de la matière délictuelle. En effet, les dommages découlant d'une entente illicite sont analysés par la Cour sous l'angle de la responsabilité délictuelle⁷³. Après avoir rappelé qu'il appartient en principe au juge de déterminer le champ d'application matérielle de la clause⁷⁴, c'est-à-dire de vérifier que la clause déterminait le rapport de droit auquel elle devait s'appliquer, la Cour a apporté quelques précisions relatives à l'expression « rapport de droit déterminé » dans le contexte du droit de la concurrence. Elle

conclut que la clause ne peut, en l'espèce, être réputée comme portant sur un rapport de droit déterminé puisque, rédigée de manière abstraite, elle indique s'appliquer à tous les litiges découlant de la relation contractuelle. La volonté de la Cour est d'éviter que des parties soient surprises « par l'attribution, à un for déterminé, de l'ensemble des différends qui surgiraient dans les rapports qu'elle[s] entretien[en]t avec [leur] cocontractant et qui trouveraient leur origine dans des rapports autres que celui à l'occasion duquel l'attribution de juridiction a été convenue »⁷⁵.

La Cour fonde sa décision sur le fait que les parties n'avaient pas raisonnablement pu prévoir, à l'avance, qu'un litige découlant d'une entente illicite surviendrait et pourrait permettre le recours à la clause⁷⁶. Les parties demeurent libres, une fois que l'entente a été condamnée, d'adhérer à l'application de la clause au cas d'espèce⁷⁷. Pratiquement, on a peine à imaginer comment une clause répondant aux exigences de la Cour pourra être adoptée à l'avenir: comment les parties pourraient-elles consentir à une clause par laquelle elles admettent implicitement qu'elles pourraient se rendre coupables d'une entente illicite⁷⁸?

Si, de prime abord, la solution de la Cour présente l'avantage de garantir l'application d'une solution uniforme à l'avenir⁷⁹, celle-ci n'a pas précisé l'étendue de sa solution: vaut-elle uniquement pour les litiges découlant d'une entente illicite ou pour toutes les infractions au droit européen de la concurrence? Etant donné que l'arrêt de la Cour a été rendu dans le cadre d'une entente dont l'illicéité avait été expressément reconnue par la Commission européenne, plusieurs auteurs sont d'avis que cette jurisprudence ne puisse pas être

⁷⁰ *O.c.*, p. 303, n° 9.88, citant en ce sens A. LAYTON et H. MERCER, *European Civil Practice*, London, Sweet and Maxwell, 2004, n° 20.055; J. KROPHOLLER et J. VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, 9^e éd., Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, 2011, p. 69; U. MAGNUS, « Article 23 », in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*, 2^e éd., Munich, Sellier, 2012, n° 150-151.

⁷¹ F. GARCIMARTIN, « Prorogation of Jurisdiction », *o.c.*, p. 303, n° 9.88, renvoyant à Cour de cassation (civ.), 12 mai 2010, n° 08-21.016; Audiencia Provincial Madrid, 12 septembre 2012, OLG Köln, 24 mars 2010, 17 U 60/09; EWCA (civ.), *Ryanair Ltd / Esso Italiana Srl*, 2013, 1450.

⁷² C.J.U.E., 21 mai 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV e.a.*, ECLI:EU:C:2015:335. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires. Voy. not. R. PIKE, Y. TOSHEVA, « CDC v Evonik Degussa (C-352/13) and Its Potential Implications for Private Enforcement of European Competition Law », *Global Competition Litigation Review*, 2015, pp. 82 à 85; N. BOYLE, G. CHOKAR et S. GARTAGANI, « Jurisdiction in Follow-on Damages Claims: Update on the Judgment of the European Court of Justice in the Hydrogen Peroxide Cartel Claim », *Global Competition Litigation Review*, 2015, pp. 58 à 62; L. IDOT, « Actions en matière délictuelle en droit de la concurrence », *Europe*, n° 7, 2015, pp. 34 à 36; O. GEISS et H. DANIEL, « Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others: A Summary and Critique of the Judgment of the European Court of Justice of May, 21 2015 », *European Competition Law Review*, 2015, pp. 430 à 435; C. HARLER, J. WEINZIERL, « The ECJ's CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration », *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht – EWS*, 2015, pp. 121 à 123; W. WURMNEST, « International Jurisdiction in Competition Damages Cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide », *Common Market Law Review*, 2016, pp. 225 à 247; A. PATO, « Collective Redress for Cartel Damage Claims in The European Union after CDC v Akzo Nobel NV and Others », *Yearbook of Private International Law*, 2017, pp. 491 à 506.

⁷³ *O.c.*, pt. 70.

⁷⁴ C.J.C.E., 10 mars 1992, C-214/89, *Powell Duffryn plc / Wolfgang Peterreit*, ECLI:EU:C:1992:115, pt. 37 et C.J.C.E., 3 juillet 1997, C-269/95, *Francesco Benincasa / Dentalkit Srl*, ECLI:EU:C:1997:337, pt. 31.

⁷⁵ Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN présentées le 11 décembre 2014, C-352/13, pt. 110, renvoyant à C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, *o.c.*, pt. 31.

⁷⁶ C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, *o.c.*, pt. 68.

⁷⁷ Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, *o.c.*, pt. 112. La Directive n° 2014/104 semble également aller en ce sens puisqu'elle tend notamment à favoriser le recours à des mécanismes consensuels de résolution des litiges et à accroître leur efficacité (Directive n° 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne (*J.O.*, L. 349, 5 décembre 2014, pp. 1 à 19)).

⁷⁸ O. GEISS et D. HORST, *o.c.*, p. 435. En ce sens égal., K. HAVU, « Private Claims Based on EU Competition Law. Jurisdictional Issues and Effective Enforcement », *M.J.*, 2015, pp. 879 à 887, spéc. p. 887; Y. SERRA, « Concurrence interdite. Concurrence déloyale et parasitisme », *D.*, 2015, pp. 2526 à 2536, spéc. p. 2536.

⁷⁹ W. WURMNEST, *o.c.*, p. 246.

généralisée à tous les manquements anticoncurrentiels⁸⁰. La Cour de cassation française a néanmoins étendu la jurisprudence de la Cour au litige portant sur une atteinte découlant de l'exécution du contrat⁸¹. Un tel litige se rattache, de l'avis de plusieurs auteurs, à la matière contractuelle⁸². Il n'était donc pas nécessaire, pour respecter la jurisprudence de la Cour dans le cas d'espèce, que la clause de juridiction fasse expressément référence au droit de la concurrence.

C. Opposabilité de la clause aux tiers

Comme n'importe quel contrat, la clause attributive de juridiction produit uniquement des effets entre les parties qui l'ont conclue. Cependant, en matière civile et commerciale, il arrive que les parties engagées dans un contrat changent au cours de la vie de ce dernier, suite à une cession du contrat ou des obligations de l'un des cocontractants⁸³. Le sort de la clause de juridiction en pareille hypothèse n'est pas réglé explicitement par l'article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis*. Il appartient donc à la Cour de justice de répondre aux questions survenant sur ces aspects⁸⁴. La Cour a été saisie à plusieurs reprises de cette problématique soumise à divers principes. D'abord, le principe de la relativité des conventions impose que le contrat ne crée d'effets qu'entre les parties. Ce principe n'est cependant pas absolu et tolère certaines exceptions. Ensuite, un des objectifs du législateur en formulant l'article 25 est de garantir la réalité du consentement des parties qui doit se manifester de manière claire et précise⁸⁵. Enfin, le principe de sécurité juridique devrait protéger les tiers contre ces clauses mais ce même principe remplit également une fonction en faveur des cocontractants: celle de voir appliquer la clause de juridiction. Interrogée sur cette question, la Cour de justice établit progressivement un régime relatif à l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers.

1. Enseignements antérieurs

La Cour a précédemment été appelée à se prononcer sur l'opposabilité des clauses aux tiers dans le cadre de trois types de contrats différents: le connaissance, l'adhésion d'un nouvel actionnaire à une société et la cession d'un contrat de vente.

La Cour a rendu trois arrêts en matière de connaissance à l'occasion desquels elle s'est prononcée sur l'opposabilité des clauses aux tiers⁸⁶. Dans un premier arrêt, elle a conclu que la clause conclue valablement entre le chargeur et le transporteur est opposable au tiers porteur si, en vertu du droit national applicable, celui-ci est considéré comme ayant succédé au chargeur dans ses droits et obligations en acquérant le connaissance⁸⁷. Si le tiers succède aux droits et aux obligations du chargeur, il est effectivement normal qu'il ne bénéficie pas de plus de droit que ce dernier⁸⁸. Cette solution avait été justifiée pour deux raisons. D'une part, par les caractéristiques particulières d'un connaissance qui suppose nécessairement l'intervention de trois personnes. D'autre part, par le fait que, dans l'affaire en question, le chargeur et le tiers porteur se trouvent dans un rapport de substitution et que ce dernier est, par conséquent, lié par la clause par l'effet de l'acquisition du connaissance⁸⁹.

Dans une deuxième affaire, la Cour a été appelée à se prononcer sur l'opposabilité, aux nouveaux actionnaires d'une société, d'une clause inscrite dans les statuts de celle-ci. Elle avait conclu que la clause était opposable aux nouveaux actionnaires « pour autant que les statuts aient été déposés en un lieu auquel l'actionnaire peut avoir accès ou figurent dans un registre public »⁹⁰. La relation liant l'actionnaire à la société est une relation de nature contractuelle, si bien qu'en s'engageant dans la société, le nouvel actionnaire marque son consentement pour l'ensemble des éléments figurant dans les statuts.

⁸⁰. En ce sens, voy. not. W. WURMNEST, *o.c.*, p. 246; F. JAULT-SESEKE, « Validité de la clause attributive de juridiction: revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », *D.*, 2015, pp. 2620 à 2623, spéc. p. 2623; L. D'AVOUT, *D.*, 2015, p. 2031.

⁸¹. Civ. 1^{re}, 7 octobre 2015, n° 14-16.898, eBizcuus.

⁸². En ce sens, voy. not. F. JAULT-SESEKE, *o.c.*, p. 2623; L. D'AVOUT, *o.c.*, p. 2031.

⁸³. N. DORANDEU, « La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé », *J.D.I.*, 2002, pp. 1001 à 1016, spéc. p. 1002.

⁸⁴. L'art. 1^{er} du Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale fonde la compétence de la Cour de justice pour statuer sur l'interprétation de la Cour de justice, dont l'art. 17, équivalent de l'art. 25 du Règlement Bruxelles *Ibis*.

⁸⁵. P. 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) », *J.O.*, C. 59, 5 mars 1979, p. 37; C.J.C.E., 14 décembre 1976, *Estasis Salotti di Colzani Aimò e Gianmario Colzani*, *o.c.*, pt. 7; C.J.C.E., 14 décembre 1976, 25/76, *Galerias Segoura SPRL / Société Rahim Bonakdarian*, ECLI:EU:C:1976:178, pt. 6; C.J.C.E., 6 mai 1980, 784/79, *Porta-Leasing GmbH / Prestige International SA*, ECLI:EU:C:1980:123, pt. 5.

⁸⁶. C.J.C.E., 19 juin 1984, n° 71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ et Ernest Russ / NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova et NV Goeminne Hout*, ECLI:EU:C:1984:217; C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, *o.c.* et C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, *o.c.*

⁸⁷. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, *o.c.*, pt. 33, citant C.J.C.E., 19 juin 1984, *Partenreederei ms. Tilly Russ et Ernest Russ*, *o.c.*, pt. 24; C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali*, *o.c.*, pt. 41 et C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, *o.c.*, pts. 23 à 27. Pour une explication du raisonnement à appliquer lorsque la Cour renvoie au droit national applicable, voy. *supra*, II., A., 1., e), (1).

⁸⁸. C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, *o.c.*, pt. 25.

⁸⁹. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, *o.c.*, pt. 33.

⁹⁰. C.J.C.E., 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, *o.c.*, pt. 2.

Dans la troisième affaire, la Cour a été appelée à se prononcer sur l'opposabilité d'une clause à un sous-acquéreur⁹¹. Dans ce cadre, elle a interprété le rapport entre un vendeur et un sous-acquéreur comme étant de nature délictuelle et en a déduit que la clause ne pouvait être opposée à ce dernier que s'il y avait expressément consenti⁹².

A ces trois problématiques, la Cour a appliqué trois solutions différentes. Certains auteurs interprètent la solution adoptée dans l'arrêt *Refcomp* comme étant la règle générale, alors que les solutions retenues en matière de connaissance et de droit des sociétés constituent des exceptions, justifiées par les caractéristiques particulières de ces matières⁹³. Nous n'adhérons pas à cette conclusion étant donné que la Cour a récemment été saisie de deux questions préjudicielles relatives à l'opposabilité des clauses de juridiction aux tiers auxquelles elle a réservé des réponses spécifiques (2.).

2. Nouvelles précisions

L'arrêt *CDC* soulève notamment la question de l'opposabilité d'une clause de juridiction liant les sociétés victimes du cartel des sociétés condamnées à la société CDC ayant succédé au droit des premières à obtenir un dommage. La Cour adopte une solution similaire à celle applicable au connaissance. Pour que la clause soit opposable au tiers, ce dernier doit avoir succédé, en vertu du droit national applicable, au cocontractant initial dans ses droits et obligations⁹⁴.

L'arrêt *Profit Investment* est le second arrêt concerné par cette question⁹⁵. Il concerne la question de l'opposabilité d'une clause conclue entre un intermédiaire financier et la banque émettrice des titres obligataires au second souscripteur. Rappelons que cette clause était inscrite dans un prospectus et que la Cour avait été appelée dans un premier temps à se prononcer sur la validité formelle d'une telle clause⁹⁶. Pour cela, elle avait examiné sa validité sous l'angle de la forme écrite et, à titre subsidiaire, sous l'angle de l'usage du commerce international. L'angle d'approche ayant un impact sur l'opposabilité de la clause, ils sont successivement examinés.

L'opposabilité de la clause correspondant à un usage écrit est conditionnée, dans le contexte de l'arrêt *Profit Investment*, par la réunion de deux conditions: la clause doit être valable entre l'émetteur et l'intermédiaire financier et il appartient au juge de vérifier si un renvoi explicite à la clause est fait dans le contrat de cession de titres sur le marché secondaire⁹⁷. Une solution subsidiaire est envisagée si la seconde condition fait défaut. Dans ce cas, et pour autant que la clause soit valable dans les rapports entre l'intermédiaire financier et l'émetteur, la clause est opposable si, en vertu du droit national applicable, le second souscripteur succède aux droits et obligations attachés aux titres auxquels il a souscrit⁹⁸. Le second souscripteur doit en outre avoir eu la possibilité de prendre connaissance du contenu du prospectus – et donc de la clause – ce qui suppose que ce prospectus soit aisément accessible⁹⁹. Le renvoi, dans cette matière, au droit national applicable est source de controverse étant donné que l'articulation entre l'article 4, h), du Règlement Rome I et les différentes règles de conflit de lois appliquées dans les Etats membres sur la loi applicable au transfert de propriétés des titres reste indéterminée¹⁰⁰.

Lorsque la clause ne répond pas aux conditions de la forme écrite, la Cour admet que celle-ci soit analysée sous l'angle d'un usage commercial. Dans ce dernier cas, la question de l'opposabilité de la clause adoptée entre l'émetteur des titres et l'intermédiaire financier au second souscripteur ne soulève pas de difficulté particulière. En effet, la Cour considère que l'existence de l'usage commercial suffit à établir le consentement de la personne à qui la clause est opposée¹⁰¹.

Cet arrêt est calqué sur les solutions applicables au connaissance et aux nouveaux actionnaires. Pourtant, selon l'avocat général, aucune de ces situations ne présente de similitudes avec le cas d'espèce. Selon lui, les titres obligataires en cause sont des titres de créances dont l'échange se déroule entre deux parties uniquement¹⁰². Il n'y a donc pas d'analogie possible à faire avec le connaissance qui implique nécessairement le concours de trois parties. Contrairement à la Cour, l'avocat général considère qu'il y a lieu de distinguer l'investisseur de l'actionnaire. L'investisseur n'est pas, à l'instar de l'actionnaire, touché par l'*affectio societatis* entourant l'acquisition d'une action.

⁹¹. C.J.U.E., 7 février 2013, *Refcomp*, o.c.

⁹². *Ibid.*, pts. 34 à 36.

⁹³. En ce sens, voy. not. L. D'AVOUT, o.c., p. 2031.

⁹⁴. C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, o.c., pt. 65, renvoyant à C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, o.c., pts. 24, 25 et 30. O. GEISS et D. HORST, o.c., p. 434.

⁹⁵. Sur les faits ayant donné lieu à cet arrêt, voy. *supra*, II., A., 1., b).

⁹⁶. Voy. *supra*, II., A., 1., b).

⁹⁷. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 30. Le marché primaire se situe au moment de l'achat des titres par l'intermédiaire financier à l'émetteur alors que le marché secondaire vise le stade de l'achat des titres par le second souscripteur à l'intermédiaire financier.

⁹⁸. C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 36. Cela implique concrètement que le juge recherche le droit national applicable grâce à la règle de conflit de lois pertinente. Le juge national examine ensuite ce droit pour déterminer s'il prévoit que le second souscripteur succède aux droits et obligations attachés aux titres auxquels il a souscrit.

⁹⁹. *Ibid.*, pt. 36.

¹⁰⁰. C. KLEINER, o.c., p. 16.

¹⁰¹. Concl. Av. gén. Y. BOT, o.c., pt. 37; C.J.U.E., 20 avril 2016, *Profit Investment*, o.c., pt. 40.

¹⁰². Concl. Av. gén. Y. BOT, o.c., pts. 49 à 56.

D. Primauté des principes de prévisibilité et de confiance mutuelle sur le principe de mise en œuvre efficace du droit européen de la concurrence

1. Primauté de l'autonomie de la volonté

L'arrêt *CDC*, déjà mentionné à deux reprises, a soulevé la question de savoir si le principe de mise en œuvre efficace de l'interdiction des ententes en droit de l'Union européenne interdisait qu'une clause de juridiction écarte l'application des articles 7, 3), ou 8, 1), du Règlement Bruxelles *Ibis*¹⁰³. Cette question appelle une conciliation entre le principe de prévisibilité, le principe de mise en œuvre efficace du droit européen de la concurrence et le principe de confiance mutuelle¹⁰⁴. En accord avec l'opinion de l'avocat général, la Cour a fait prévaloir les principes de prévisibilité et de confiance mutuelle¹⁰⁵.

2. Fondements de la décision

La solution est aisément justifiée par la Cour et l'avocat général en raison de l'objet du Règlement Bruxelles *Ibis* qui porte sur la répartition de la compétence internationale entre les juridictions des Etats membres dans les litiges présentant des éléments d'extranéité et non sur la mise en œuvre les règles du droit de la concurrence de l'Union¹⁰⁶. Toutes autres réponses fournies par la Cour auraient pu avoir comme conséquence d'aboutir à une multiplication des chefs de compétence¹⁰⁷.

Le régime de l'article 25 explique également que la Cour ait fait prévaloir le principe de prévisibilité. Ce dernier autorise en effet uniquement les clauses désignant les juridictions d'un Etat membre¹⁰⁸. Or, tous les Etats membres sont tenus par les articles 101 et 102 du TFUE et il existe une jurispru-

dence abondante de la Cour de justice dans cette matière permettant de cadencier l'action des juges nationaux¹⁰⁹. La directive n° 2014/104 dont un des objectifs est de faciliter les actions en réparation permet également d'encadrer la décision du juge national¹¹⁰.

Le principe de confiance mutuelle qui sous-tend le Règlement Bruxelles *Ibis* impose au surplus de faire primer l'article 25 sur le principe de la mise en œuvre efficace de l'interdiction des ententes. En effet, si un juge national saisi en dépit de la clause se fonde sur l'idée que le juge élu n'appliquera pas correctement le droit européen de la concurrence pour refuser de reconnaître sa compétence, il met en cause le principe de confiance mutuelle¹¹¹. Il met en effet en doute le contenu de la décision rendue par un autre Etat membre, ce qui va à l'encontre de ce principe.

E. Rapport entre les dispositions relatives à la prorogation volontaire de compétence

L'arrêt *Taser* est issu d'un litige né de la mauvaise exécution d'un contrat de distribution, conclu entre une société américaine, Taser International, et une société roumaine, Gate 4. Ce contrat prévoyait que la seconde cède à la première diverses marques enregistrées en Roumanie¹¹². Lorsque la société roumaine a refusé de s'exécuter, la société américaine a saisi les tribunaux roumains sur la base de l'article 26, en mépris de la clause désignant les juridictions américaines¹¹³. La question posée par le juge roumain consistait à déterminer si l'article 26 pouvait déjouer l'application d'une clause de juridiction. Cette question soulève une difficulté et appelle une observation.

La difficulté n'est pas nouvelle et consiste à s'interroger sur l'articulation entre le mécanisme de la comparution volontaire et la clause de juridiction. La Cour avait déjà jugé que l'article 26 pouvait s'appliquer même si le juge était saisi en

¹⁰³. La question préjudicielle concernant l'art. 23 du Règlement Bruxelles I consiste à demander à la Cour si, au regard du principe de la pleine efficacité de l'interdiction des ententes énoncées à l'art. 101 du TFUE et garantie par un droit pour les victimes à la réparation des dommages subis dans ce domaine, une clause d'élection de for peut déjouer l'application de l'art. 5, 3., ou 6, 1., du Règlement Bruxelles I.

¹⁰⁴. W. WURMNEST, *o.c.*, p. 225.

¹⁰⁵. Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, *o.c.*, pts. 26 à 32; C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, *o.c.*, pts. 59 et 60.

¹⁰⁶. Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, *o.c.*, pt. 26.

¹⁰⁷. *Ibid.*, pt. 36, renvoyant à C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa / Dentalkit Srl*, *o.c.*, pts. 26 et 27 et C.J.U.E., 16 mai 2013, C-228/11, *Melzer / MF Global UK Ltd*, ECLI:EU:C:2013:305, pt. 35. Plusieurs défendeurs étaient en effet appelés à la cause. L'application des dispositions générales ou spéciales du règlement aurait eu pour impact la désignation d'une multitude de juges compétents.

¹⁰⁸. Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, *o.c.*, pt. 100. Abondant en ce sens, W. WURMNEST, *o.c.*, p. 245 citant W. WURMNEST, « Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden Kartellprozess », in M. NIETSCHE et M. WELLER, *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Nomos, 2014, spéc. pp. 94 à 97.

¹⁰⁹. L. IDOT, « Actions en matière délictuelle en droit de la concurrence », *Europe*, juillet 2015, pp. 420 à 424, spéc. p. 423.

¹¹⁰. Directive n° 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, *o.c.*

¹¹¹. C.J.U.E., 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, *o.c.*, pt. 63; Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, *o.c.*, pt. 114; W. WURMNEST, *o.c.*, p. 245.

¹¹². C.J.U.E., 17 mars 2016, *Taser International Inc / SC Gate 4 Business SRL et Cristian Mircea Anastasiu*, C-175/15, ECLI:EU:C:2016:176. Cet arrêt fut plusieurs fois commenté en doctrine. Voy. not. C. NOURISSAT, « Clause attributive de juridiction et prorogation volontaire: utiles éclaircissements », *Procédures*, n° 5, 2016, pp. 17 à 18; L. IDOT, « Comparution volontaire du défendeur devant son tribunal », *Europe*, n° 5, 2016, p. 31; F. KOEHEL, « Ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten von Drittstaaten im Anwendungsbereich der EuGVO », *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2016, pp. 204 à 207; M. GEBAUER, « Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten eines drittstaatlichen Gerichts und rügelose Einlassung vor einem mitgliedstaatlichen Gericht », *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2016, pp. 245 à 247.

¹¹³. Pour rappel, l'art. 26 du Règlement Bruxelles *Ibis* porte sur la comparution volontaire du défendeur.

méconnaissance d'une autre disposition du règlement pour autant que la matière sur laquelle porte le litige n'entre pas dans un cas d'exclusion de l'article 26, ni que la compétence du juge soit contestée par le défendeur¹¹⁴. Dans l'arrêt *Taser*, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure en faisant primer l'article 26 sur l'article 25¹¹⁵. Le fait que la clause désigne les juridictions d'un Etat tiers est sans incidence sur cet enseignement¹¹⁶. Cet arrêt révèle que, dans le cadre du Règlement Bruxelles *Ibis*, la question de la compétence relève des parties et d'elles seules¹¹⁷.

L'arrêt appelle une observation qui porte sur les conséquences d'une décision de la Cour faisant primer la clause de juridiction cette fois. D'un point de vue pratique, la société américaine préférerait directement saisir les tribunaux roumains pour faciliter l'exécution du jugement à rendre sur ce terri-

toire¹¹⁸. Une décision contraire aurait donc eu des conséquences pratiques non négligeables. La solution donnée par la Cour permet également de maintenir le règlement du litige au sein de l'Union européenne. Si elle avait considéré que l'article 26 ne pouvait pas s'appliquer, le litige aurait probablement dû être porté devant les juridictions américaines. En effet, si l'article 26 n'avait pas pu s'appliquer, l'article 25 non plus puisque la clause désignait les juridictions américaines. Or, l'article 25 impose, au titre de condition d'applicabilité, la désignation des juridictions d'un Etat membre. La clause serait sortie du champ d'application spatial du règlement et sa validité aurait dû être examinée à la lumière des règles nationales de droit international privé du juge roumain qui auraient parfaitement pu attribuer la compétence aux tribunaux américains.

III. PROROGATION DE VOLONTAIRE APRÈS LE BREXIT

Le Brexit aura un impact plus ou moins important sur le régime applicable aux clauses de juridiction, en fonction de l'issue des négociations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. Plusieurs solutions sont déjà imaginées par la doctrine.

A. Maintien du Règlement Bruxelles *Ibis*

La première hypothèse, la plus simple, est celle du maintien de l'application du Règlement Bruxelles *Ibis* dans les relations entre les Etats membres et le Royaume-Uni par le biais d'un accord analogue à celui conclu par le Danemark¹¹⁹. Dans ce cas, l'application des articles 25 et 26 est maintenue mais les négociations devront régler le sort réservé à la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice dans la mesure où le Royaume-Uni ne sera plus tenu par celle-ci s'il dénonce le Protocole de 1971¹²⁰. D'un point de vue global, cette possibilité emportera nécessairement un effet dérégulateur du système judiciaire européen et du principe de confiance mutuelle sur lequel il s'appuie puisque les Etats membres seront tenus de reconnaître des décisions rendues par les tri-

bunaux anglais¹²¹ sans que ces derniers ne soient eux-mêmes tenus de respecter les dispositions impératives européennes dans leur jugement puisqu'ils ne seront plus liés par le droit matériel européen.

B. Retour à la Convention de Bruxelles de 1968

Pour certains auteurs, un retour à l'application de la Convention de Bruxelles dans les relations entre les Etats membres et le Royaume-Uni est envisageable étant donné que cette convention est toujours en vigueur¹²². Tant le Règlement Bruxelles I que le Règlement Bruxelles *Ibis* prévoient en effet qu'elle continue à s'appliquer dans certaines situations¹²³. D'autre part, l'article 68 du Règlement Bruxelles I et du Règlement Bruxelles *Ibis* dispose que ces derniers *remplacent* la Convention de Bruxelles de 1968¹²⁴. Si l'article 68 n'a pas expressément utilisé le terme « abroger », cela signifie que la Convention de 1968 peut encore trouver à s'appliquer¹²⁵. Cet argument est mis en cause par l'article 59, 2., de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui rappelle la nécessité de tenir

¹¹⁴. C.J.U.E., 17 mars 2016, *Taser*, *o.c.*, pts. 21 et 23, renvoyant à C.J.U.E., 27 février 2014, C-1/13, *Cartier parfums – lunettes SAS et Axa Corporate Solutions assurances SA / Ziegler France SA e.a.*, ECLI:EU:C:2014:109, pt. 34. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 20 mai 2010, C-111/09, *eská podnikatelská pojišovna as, Vienna Insurance Group / Michal Bilas*, ECLI:EU:C:2010:290, pt. 25.

¹¹⁵. C.J.C.E., 24 juin 1981, *Elefanten Schuh GmbH / Pierre Jacqmain*, *o.c.*; C.J.C.E., 7 mars 1985, n° 48/84, *Hannelore Spitzley / Sommer Exploitation SA, Rec.*, 1985, p. 00787; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLES, « Article 24 », in U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters*, 2^e éd., Munich, Sellier, 2012, pp. 514 à 527, spéc. p. 524.

¹¹⁶. C.J.U.E., 17 mars 2016, *Taser*, *o.c.*, pt. 24.

¹¹⁷. En ce sens, voy. not. C. NOURISSAT, « Clause attributive de juridiction et prorogation volontaire: utiles éclaircissements », *o.c.*, p. 33.

¹¹⁸. C. CHALAS, « Neutralisation de la clause attributive en faveur d'un Etat tiers par la comparution volontaire de l'article 24 », *R.C.D.I.P.*, 2016, pp. 684 à 690, spéc. p. 689.

¹¹⁹. Voy. art. 3 de l'accord du 19 octobre 2005 entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui a permis au Danemark de notifier par lettre du 20 décembre 2012 à la Commission européenne sa décision d'appliquer le contenu du Règlement Bruxelles *Ibis* (*J.O.*, L. 79, 21 mars 2013).

¹²⁰. Protocole du 3 juin 1971 concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹²¹. En vertu des règles inscrites au Chapitre III du Règlement Bruxelles *Ibis*.

¹²². En ce sens not.: G. CROISANT, « Fog in Channel- Continent Cut Off », *J.T.*, 2017, pp. 24 à 33, spéc. p. 28; R. AIKENS et A. DINSMORE, *o.c.*

compte de l'intention des parties contractantes. L'intention des Etats, lors de l'adoption de la Convention de Bruxelles, était de développer un espace judiciaire entre les Etats membres de l'Union. Il n'est donc pas évident que leur intention ait été de continuer à appliquer la Convention dans les relations avec un Etat ne faisant plus partie de l'Union¹²⁶.

Un retour à la Convention de Bruxelles soulève également des questions pratiques. Par exemple, cette Convention s'appliquerait-elle aux Etats membres ayant intégré l'Union européenne après l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles I et n'ayant ainsi jamais été partie à cette Convention? Par ailleurs, le contenu des articles 17 et 18 de la Convention de Bruxelles a évolué lors de l'adoption du Règlement Bruxelles I puis du Règlement Bruxelles *Ibis*. Dans quelle mesure faut-il tenir compte de cette évolution? Quel sort réserver à la jurisprudence de la Cour rendue après l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles I?

C. Application de la Convention de Lugano ou de la Convention de Lugano *bis*

En 1988, la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions a été conclue entre les Etats membres de l'Union européenne et les Etats de l'AELE¹²⁷. Son contenu est similaire à celui de la Convention de Bruxelles. En 2007, cette convention est devenue Convention de Lugano *bis*¹²⁸. Cette dernière a été conclue entre l'Union européenne et les Etats de l'AELE. Son contenu est similaire à celui du Règlement Bruxelles I.

Plusieurs auteurs excluent un retour à la Convention de Lugano de 1988, que le Royaume-Uni a signé en tant que partie, au motif que la Convention de Lugano *bis* de 2007 l'a fait disparaître¹²⁹.

La Convention de Lugano *bis* de 2007 a été adoptée par l'Union européenne et non par les Etats membres individuellement. Par conséquent, après le Brexit, cette convention

n'aura plus d'effet direct au Royaume-Uni. L'adhésion, par le Royaume-Uni, à la Convention de 2007 est envisageable uniquement s'il obtient l'accord unanime de l'ensemble des parties contractantes (art. 72)¹³⁰. Si le Royaume-Uni envisage cette option, il est possible que certains Etats membres refusent de donner leur accord afin de dissuader d'autres Etats membres de quitter l'Union européenne¹³¹. Finalement, l'application de la Convention de 2007 n'est pas pleinement satisfaisante dans la mesure où elle n'a pas encore été adaptée pour tenir compte des modifications apportées par le Règlement Bruxelles *Ibis*.

D. Adhésion à la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for¹³²

L'adhésion du Royaume-Uni à cette Convention est envisageable puisqu'elle est ouverte à tout Etat sans condition particulière. Cependant, son champ d'application matériel est restreint. Elle s'applique uniquement aux accords d'élection de for. *Ratione temporis*, la convention s'applique aux accords conclus après son entrée en vigueur pour l'Etat du tribunal élu et aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'Etat du tribunal saisi. Etant donné qu'actuellement, cette Convention s'applique déjà au Royaume-Uni en sa qualité d'Etat membre de l'Union européenne, la question de la date à prendre en considération pour l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard du Royaume-Uni en particulier reçoit une réponse incertaine¹³³.

E. Application des règles de droit international privé nationales

Si l'Union européenne et le Royaume-Uni ne parviennent pas à trouver un accord, ce sont les règles de droit international privé nationales qui s'appliqueront devant le juge anglais et les dispositions du Règlement Bruxelles *Ibis* devant les juridictions des Etats membres. Trois cas de figures peuvent illustrer les conséquences d'une telle issue.

¹²³ Le considérant 23 du Règlement Bruxelles I: « La Convention de Bruxelles continue également à s'appliquer en ce qui concerne les territoires des Etats membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité. » Le considérant 9 du Règlement Bruxelles *Ibis* indique que: « La Convention de Bruxelles de 1968 continue à s'appliquer en ce qui concerne les territoires des Etats membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 355 du TFUE. »

¹²⁴ En ce sens, voy. le *Compte-rendu du séminaire organisé à la UAM: Le Brexit et ses conséquences d'un point de vue international*; A. DICKINSON, « Back to the Future: the UK's EU Exit and the Conflict of Laws », *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 195 à 210, spéc. p. 204.

¹²⁵ *O.c.* (reconnaissant cependant que la Cour de justice pourrait aboutir à une autre conclusion, voy. pp. 205 et 206 de l'article d'A. DICKINSON).

¹²⁶ En ce sens, voy. G. CROISANT, « Fog in Channel. Continent Cut Off », *J.T.*, 2017, pp. 24 à 33, spéc. p. 28.

¹²⁷ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano (*J.O.*, L. 319, 25 novembre 1988, pp. 9 à 48).

¹²⁸ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano (*J.O.*, L. 147, 10 juin 2009, pp. 5 à 43).

¹²⁹ En ce sens, voy. R. AIKENS et A. DINSMORE, *o.c.* p. 912; G. CROISANT, « Fog in Channel- Continent Cut Off », *J.T.*, 2017, pp. 24 à 33, spéc. p. 29 et S. MASTERS et B. McRAE, « What Does Brexit Mean for the Brussels Regime? », *Journal of International Arbitration*, 2016/7, p. 488.

¹³⁰ Voy. en ce sens G. CROISANT, *o.c.*, p. 28.

¹³¹ *O.c.*, p. 28.

¹³² *O.c.*, p. 29.

¹³³ *O.c.*, p. 29.

Prenons d'abord l'exemple de deux parties, l'une domiciliée en Belgique, l'autre au Royaume-Uni qui concluent une clause désignant les tribunaux français. Si la clause est contestée devant les tribunaux français et que le défendeur est domicilié au Royaume-Uni, l'application de l'article 25 du Règlement Bruxelles *Ibis* ne soulève pas de difficulté dès lors que le litige entre dans son champ d'application. La clause est en principe valide et les tribunaux français sont compétents. Si par contre, l'existence de la clause est invoquée devant le juge anglais, saisi en dépit de cette clause, ce dernier appliquera le droit international privé anglais¹³⁴.

Dans le deuxième cas de figure, deux parties, l'une domiciliée en Belgique, l'autre au Royaume-Uni, concluent une clause désignant les tribunaux anglais. Si la clause est contestée devant les tribunaux belges, la question de l'applica-

bilité de l'article 25 peut être soulevée. En considérant que la désignation des tribunaux d'un Etat membre est une condition d'applicabilité dans l'espace, le litige sort du champ d'application du Règlement Bruxelles *Ibis*¹³⁵. Le juge belge examine la clause au regard de l'article 7 du Code D.I.P. Si ce sont les tribunaux anglais qui sont saisis et que la validité de la clause est contestée devant eux, ils appliqueront le droit international privé anglais.

Enfin, dans le troisième cas de figure, deux parties, l'une domiciliée en Belgique, l'autre en France, désignent la compétence des tribunaux anglais. Si la clause est contestée devant les tribunaux belges, celui-ci appliquera l'article 7 du Code D.I.P. puisque le litige sort du champ d'application spatial du Règlement Bruxelles *Ibis*.

CONCLUSION

Les derniers arrêts rendus par la Cour s'ajoutent à un corpus déjà important de décisions. Les précisions qu'elle apporte sur le régime relatif à la prorogation volontaire de compétence sont précieuses mais compliquent la tâche du praticien à deux niveaux: lorsque confronté à une question relative à ce régime, celui-ci ne peut ignorer l'existence de cette jurisprudence abondante pour comprendre le régime dans sa globalité. D'autre part, la Cour dégage peu de solutions pouvant être généralisées, ce qui augmente potentiellement le nombre de litiges devant faire l'objet d'une question préjudicielle avant d'être tranchés au fond.

Toutes les hypothèses post-brexite présentées contiennent des incertitudes qui entraîneront probablement les réticences des acteurs privés à conclure des accords avec des parties domiciliées au Royaume-Uni ou désignant les tribunaux anglais. L'abandon du choix des tribunaux anglais pour ces raisons changerait la face du commerce international si l'on en croit plusieurs études qui mettent en avant le fait que le choix des tribunaux anglais est courant dans le commerce international¹³⁶.

¹³⁴. Le droit national anglais est plus ou moins favorable à l'autonomie de la volonté, surtout lorsque la clause désigne les tribunaux anglais.

¹³⁵. Sur la controverse relative à la nature de cette condition, voy. *supra*, I., A., 1.

¹³⁶. Voy. not. G. RÜHL, « Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications », *E.R.C.L.*, 2013, pp. 61 à 89, spéc. p. 68; S. VOGENAUER et C. HODGES, *Civil Justice Systems in Europe: Implication for Choice of Law and Choice of Forum - A Business Survey*, University of Oxford 2008, disponible sur www.fondation-droitcontinental.org/ft/wp-content/uploads/2013/12/oxford_civil_justice_survey_-_summary_of_results_final.pdf; English Law Society (The English Law Society, *Firm's Cross-Border Work*, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/224_en.pdf, ainsi que l'étude de T. EISENBERG et G. MILLER publiée en 2009 (T. EISENBERG et G. MILLER, « The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts », *Cardozo Law Review*, 2009, pp. 1475 et s., spéc. p. 1487).