



**HAL**  
open science

# Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé

Sandrine Clavel

► **To cite this version:**

Sandrine Clavel. Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé. Journal du droit international "Clunet", 2019, 3, pp.695-716. hal-04130924

**HAL Id: hal-04130924**

**<https://hal.science/hal-04130924>**

Submitted on 16 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Ce préprint est la version acceptée d'un article paru au *Journal du droit international* en 2019 : S. Clavel, « Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé », *JDI* 2019 (n°3), Doctr. 7, p. 695-716

## **Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé**

Sandrine Clavel\*

*Professeur à l'université de Versailles Saint Quentin-en-Yvelines (Paris Saclay)*

*Doyen honoraire de la Faculté de droit et science politique*

*Mots-clés* : Protection juridictionnelle effective. – Compétence des juridictions. – Loi applicable – Clause attributive de juridiction – Clause compromissoire – Conciliation – Arbitrage – Contrats internationaux – Contrats de consommation

*Résumé* : Le principe de protection juridictionnelle effective, principe général du droit de l'Union européenne issu des traditions constitutionnelles communes des Etats membres et des articles 6 et 13 de la Conv. EDH, aujourd'hui renforcé par l'article 19(1) TUE et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, est activement utilisé par la CJUE pour encadrer voire redéfinir l'application des règles européennes et nationales par les juridictions des Etats membres. Car pour la Cour, ce principe impose de donner leur plein effet aux droits substantiels que les justiciables tirent du droit de l'Union. Et aucune règle, substantielle ou processuel, ne doit compromettre la jouissance de ces droits. Cet article envisage, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, l'incidence que le principe de protection juridictionnelle effective a ou pourrait avoir sur la mise en œuvre des règles de droit international privé, d'origine essentiellement européenne. Evidente lorsqu'il s'agit de désigner les juridictions compétentes, dans le respect du droit fondamental d'accéder au juge que consacre le droit de l'Union, l'incidence du principe de protection juridictionnelle effective pour l'identification de la loi applicable, pour être moins apparente, n'en est pas moins réelle.

*Summary* : The principle of the effective judicial protection of individuals' rights under EU law, referred to in the second subparagraph of Article 19(1) TEU, is a general principle of EU law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, which has been enshrined in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and which is now reaffirmed by Article 47 of the Charter. The CJEU has been extensively relying on this principle to monitor the application of EU as well as national legal rules by national courts. As national courts are bound to ensure the effectiveness of the protection offered by EU law to individuals, substantive and procedural rules shall be interpreted in conformity with this objective, and where not possible, be disregarded. This article considers, based on the CJEU jurisprudence, the impact that the principle of the effective protection of individuals has, or could have, on the implementation of EU private international law rules. Whereas the impact is clear when dealing with issues regarding the court having jurisdiction, which should be considered in the light of the fundamental right to effective access to justice, it is less obvious, but still real, when it comes to identifying the applicable law.

1. Le principe de protection juridictionnelle effective a, de longue date, été consacré comme principe général du droit de l'Union européenne par la Cour de justice, qui l'a dans un premier temps déduit des traditions constitutionnelles communes des Etats membres et des articles 6 (« droit à un procès équitable ») et 13 (« droit à un recours effectif ») de la Conv. EDH<sup>1</sup>. Inscrit à l'article 19, §1 du Traité sur l'Union européenne (TUE), le principe de protection juridictionnelle effective se trouve désormais renforcé, « dans les domaines couverts par le droit de l'Union », par la consécration par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'un « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ». Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>2</sup>, qui donne à la Charte « *la même valeur juridique que les traités* », la Cour de justice de l'Union européenne s'appuie volontiers sur cette disposition pour confirmer la vigueur du principe de protection juridictionnelle effective dans l'Union, sans pour autant nécessairement abandonner la référence aux traditions constitutionnelles et à la CEDH<sup>3</sup>.

2. Au-delà de la consécration de ce principe, la Cour de justice s'est attachée à lui donner consistance, tant dans le cadre des procédures intentées contre les Etats membres que dans celui des procédures de renvoi préjudiciel. Les conséquences qu'elle en déduit sont aujourd'hui importantes. La protection juridictionnelle effective implique en premier lieu - ainsi qu'il ressort directement de l'article 19, §1 du TUE, l'obligation pour les Etats membres *d'ouvrir aux titulaires de droits des procédures de recours* susceptibles d'être mises en œuvre en cas de violation alléguée de ces droits<sup>4</sup>. Ces procédures doivent être conformes aux exigences auxquelles doivent satisfaire les recours juridictionnels, au premier rang desquelles l'indépendance et l'impartialité du tribunal<sup>5</sup> et le caractère équitable de la procédure, garanti par le respect des droits de la défense<sup>6</sup>.

3. Plus largement, la Cour de justice en est venue à considérer que le principe de protection juridictionnelle effective (ou droit au recours effectif) impose aux juridictions des Etats membres de *donner leur plein effet aux droits substantiels que les justiciables tirent du*

---

\*Cet article est inspiré des travaux réalisés par l'auteur dans le cadre du projet européen REJUS (<https://www.rejus.eu/>), coordonné par les professeurs Cafaggi et Iamiceli. Qu'ils soient ici remerciés de leur confiance. L'auteur adresse également ses remerciements au Professeur C. Kessedjian et à l'ensemble des membres de l'ILA branche française, pour leur écoute et leurs fructueuses suggestions.

<sup>1</sup> CJUE, 20 mai 2010, C-210/09, *Scott & Kimberley*, point 25 : JurisData n°2010-031190; CJCE, 15 oct. 1987, 222/86, *Heylens e.a.*, point 14 : JurisData n° 1987-300004 ; CJCE, 15 mai 1986, 222/84, *Johnston*, point 18 : JurisData n°1986-300009.

<sup>2</sup> La Charte est entrée en vigueur le 1er décembre 2009. Sur l'application temporelle et les interrogations qu'elle suscite : L. Pailler, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pédone, 2017, n°33 s.

<sup>3</sup> CJUE, 11 sept. 2018, *IR c. JQ*, C-68/17, point 45 : JurisData n° 2018-017849 ; CJUE, 27 févr. 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, point 35 : JurisData n° 2018-003920; CJUE, 27 sept. 2017, C-73/16, *Puškár*: JurisData n° 2017-018817; CJUE, 18 mars 2010, C-317/08 à C-320/08, *Allassini et al.*, point 61 : JurisData n° 2010-003115 ; CJCE, 13 mars 2007, C432/05, *Unibet*, point 37 : JurisData n° 2007-008084.

<sup>4</sup> CJUE, 14 mars 2018, C-557/16, *Astellas Pharma* : JurisData n° 2018-011722; CJUE, 13 déc. 2017, C-403/16, *El Hassani*, ; CJUE, 27 févr.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, pt 34 : JurisData n° 2018-003920.

<sup>5</sup> CJUE, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16.

<sup>6</sup> CJUE, 13 sept. 2018, C-358/16, *UBS Europe*: JurisData n° 2018-017850 (accès à des pièces couvertes par le secret professionnel).

*droit de l'Union*<sup>7</sup>. Un récent arrêt *Egenberger*<sup>8</sup> synthétise parfaitement les conséquences concrètes que la Cour fait découler de cette obligation et les contours du contrôle étroit qu'elle exerce sur les juridictions nationales<sup>9</sup>. Les juridictions des Etats membres doivent ainsi veiller à *interpréter le droit national* d'une façon qui permette de donner effet aux droits résultant du droit de l'Union. Cette contrainte d'interprétation inclut, si nécessaire, l'obligation de *modifier une jurisprudence* établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'un texte européen. L'interprétation « utile » peut être poussée très loin ; la Cour de justice n'a pas hésité à lui conférer une *dimension créative*, en imposant par exemple aux juridictions nationales -pour assurer une protection effective des données personnelles- de consacrer un mode de réparation non formellement prévu par les directives alors applicables : le droit au déréférencement<sup>10</sup>. Enfin, lorsque les dispositions de droit national ne peuvent être interprétées de manière conforme au droit de l'Union, les juridictions ont *l'obligation de les laisser inappliquées*<sup>11</sup> ; il en va ainsi, notamment, de toute disposition du droit national contraire au principe général de non-discrimination<sup>12</sup>. Il faut à cet égard rappeler que pour la CJUE, ces modalités de mise en œuvre du droit national jouent non seulement à l'égard *des règles substantielles* mais aussi, nonobstant le principe d'autonomie procédurale des Etats membres qui a été progressivement vidé de sa substance, *des règles de procédure*<sup>13</sup>. C'est ainsi que, pour garantir l'effectivité du droit du consommateur à être protégé dans sa relation avec le professionnel, la CJUE impose aux juridictions des Etats membres de relever d'office le caractère abusif des clauses contractuelles insérées dans les contrats de consommation, même lorsque la loi du for ne leur confère pas ce pouvoir<sup>14</sup>.

4. L'incidence du principe de protection juridictionnelle effective - et plus généralement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux - sur les règles de droit international privé a peu mobilisé la doctrine<sup>15</sup>, alors même que le droit international privé est désormais essentiellement d'origine européenne. Le lien entre protection juridictionnelle effective / article 47 de la Charte d'une part, et interprétation / application des règles de droit international privé, d'autre part, est pourtant opéré par la Cour de justice, qui a affirmé notamment à propos du règlement Bruxelles I que « les dispositions du droit de l'Union, telles que celles du règlement n°44/2001, doivent être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes

---

<sup>7</sup> La Cour a en effet très clairement affirmé qu'au-delà de son propre travail d'interprétation des textes européens et de sanction des Etats pour d'éventuels manquements, il appartient aux juridictions nationales d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit de l'Union et de garantir leur plein effet (CJCE, 5 oct. 2004, C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer et a.*).

<sup>8</sup> CJUE, 17 avr. 2018, C-414/16, *Egenberger*, : JurisData n° 2018-007702.

<sup>9</sup> V. à cet égard, déjà : C. Blumann, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP.G.* 2007. Doctr. 175.

<sup>10</sup> CJUE, 13 Mai 2014, C-131/12, *Google Spain*,. Ce droit a depuis été formellement consacré par le RGPD.

<sup>11</sup> CJUE, 11 sept. 2018, C-68/17, *IR c. JQ*, : JurisData n° 2018-017849 ; CJUE, 17 avr. 2018, C-414/16, *Egenberger* : JurisData n° 2018-007702.

<sup>12</sup> CJUE, 19 avr. 2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI)*.

<sup>13</sup> CJUE, 14 mars 2019, C-118/17, *Dunai* : JurisData n° 2019-004649 ; CJUE, 27 sept. 2017, C-73/16, *Pušár* : JurisData n° 2017-018817 ; CJCE 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon* : JurisData n° 2009-007422 ; *RTDciv.* 2009. 684, obs. P. Remy-Corlay.

<sup>14</sup> CJUE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08 : JurisData n° 2009-007422

<sup>15</sup> Mais v. L. Pailler, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, op. cit. ; V. aussi F. Marchadier, « Charte des droits fondamentaux et droit international privé – aspects procéduraux », in B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, p. 81.

généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte »<sup>16</sup>. Il est vrai que, par comparaison à d'autres branches du droit, la Cour a eu à ce jour assez peu recours à l'article 47 de la Charte dans le traitement des recours préjudiciels visant les règles de droit international privé. L'arrêt *Hypoteční*<sup>17</sup>, dans lequel la Cour a dû interpréter le règlement 44/2001 (Bruxelles I) pour déterminer la juridiction compétente pour connaître d'une action contre un consommateur dont le domicile actuel est inconnu<sup>18</sup>, offre néanmoins une bonne illustration de l'incidence que peut avoir la Charte en la matière. Pour conclure que les juridictions de l'Etat membre du dernier domicile connu du consommateur sont compétentes, la Cour développe un raisonnement qui est intégralement fondé sur le principe de protection juridictionnelle effective, même si elle ne le vise pas expressément. Elle souligne tout d'abord l'objectif, poursuivi par le règlement, « de renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union, 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 attiré » (pt 44). Elle considère ensuite la nécessité de garantir le droit du demandeur à un recours juridictionnel (pt 45). Envisageant alors implicitement la protection juridictionnelle que le règlement Bruxelles I institue au profit du consommateur défendeur, elle la met en balance avec le droit au recours effectif reconnu au demandeur, et souligne que « le critère du dernier domicile connu du consommateur permet, pour les besoins de l'application de l'article 16, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001, d'assurer un juste équilibre entre les droits du demandeur et ceux du défendeur précisément dans un cas, comme celui au principal, où ce dernier avait l'obligation d'informer son cocontractant de tout changement d'adresse qui se produirait postérieurement à la signature du contrat de prêt immobilier de longue durée » (pt 46). Finalement, elle vise l'article 47 de la Charte, pour considérer que l'exigence du respect des droits de la défense, que consacre cette disposition, « doit être mise en œuvre en concomitance avec le respect du droit du demandeur de saisir une juridiction pour statuer sur le bien-fondé de ses prétentions ». Le principe de protection juridictionnelle effective transpire de toute cette motivation et permet à la Cour de compléter les règles de compétence du règlement Bruxelles I, dans l'hypothèse non envisagée par le texte où le domicile du consommateur est inconnu.

5. Si la Cour de justice se réfère peu, ou en tout cas moins qu'ailleurs, au principe de protection juridictionnelle effective et à l'article 47 de la Charte en matière de droit international privé, cela tient sans doute au fait que le droit international privé a été harmonisé dans l'Union européenne par voie de règlements que la Cour a jugé devoir être interprétés de manière autonome, en se référant principalement à leurs propres systèmes et objectifs. Or les règlements européens, au moins ceux relatifs à la compétence juridictionnelle qui ont longtemps constitué le terrain de jeu principal de la CJUE, inscrivent au nombre de leurs objectifs celui d'une protection juridictionnelle effective, ainsi que l'a relevé formellement la Cour : « l'ensemble des dispositions du règlement n°44/2001 expriment l'intention de veiller à ce que, dans le cadre des objectifs de celui-ci, les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires se déroulent dans le respect des droits de la défense consacrés à l'article 47 de la Charte »<sup>19</sup>. Il suffit donc à la Cour de rappeler les objectifs du règlement, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Hypoteční*, pour intégrer à son raisonnement le principe de protection

<sup>16</sup> CJUE, 11 sept. 2014, C-112/13, A c. B, pt 51 : JurisData n° 2014-022435

<sup>17</sup> CJUE, 17 nov. 2011, C-327/10, *Hypotecni banka* : JurisData n° 2011-029774 ; *Europe* 2012, comm. 53.

<sup>18</sup> Mais pour lequel il est permis de présumer, en l'absence d'éléments probants contraires, qu'il est toujours domicilié dans l'Union européenne.

<sup>19</sup> CJUE, 11 sept. 2014, C-112/13, A c. B, pt 50 : JurisData n° 2014-022435.

juridictionnelle effective, sans avoir besoin de recourir aux principes généraux ou à l'article 47 de la Charte. En outre, la Cour dispose, pour l'interprétation des règlements européens, d'une marge de manœuvre plus grande que lorsqu'elle est saisie sur le fondement de dispositions nationales issues de la transposition de directives, situation dans laquelle elle est sans doute plus encline à renforcer sa motivation par référence aux normes fondamentales telle que la Charte, en particulier lorsqu'elle empiète sur l'autonomie procédurale des Etats membres et/ou lorsqu'elle prescrit aux juges nationaux de laisser inappliquée une loi nationale.

6. Pour autant, le droit international privé ne peut rester imperméable à la frénésie de recours au principe de protection juridictionnelle effective et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui semble avoir saisi la CJUE ces dernières années. Parce que le principe de protection juridictionnelle effective pourrait - ou devrait - jouer un rôle non négligeable en matière de droit international privé dans les années à venir, l'objectif de cet article est d'analyser l'incidence que ce principe a et/ou pourrait avoir sur la façon dont les juges, européen et nationaux, mettent en œuvre les règles de droit international privé « dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

7. L'application du principe de protection juridictionnelle effective suppose que le justiciable puisse se prévaloir d'un droit, substantiel ou processuel, protégé par le droit de l'Union. A cet égard, la possible incidence du principe de protection juridictionnelle effective sur la désignation des juridictions internationalement compétentes (I) est peu douteuse, en raison du lien naturel existant entre droit fondamental d'accès au juge, et règles de compétence internationales. En matière de conflit de lois, l'influence du principe semble *a priori* moins évidente. Les règles de conflit de lois sont neutres, elles ne créent donc pas de « droits subjectifs » ; pourtant, cela ne signifie pas qu'elles ne puissent entraver la jouissance d'un droit protégé par le droit de l'Union ou au contraire contribuer à son effectivité, et la Cour de justice a confirmé l'influence que peut avoir le principe de protection juridictionnelle effective sur les méthodes d'identification de la loi applicable (II).

## **I- Protection juridictionnelle effective et désignation des juridictions compétentes**

8. Le lien entre principe de protection juridictionnelle effective, consacré par l'article 47 de la Charte, et désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur le droit de l'Union et/ou modalités procédurales relatives à de telles actions, n'est plus à démontrer. Contraints de porter leur demande ou de présenter leur défense devant un for éloigné et *a fortiori* étranger, les justiciables confrontés à des obstacles financiers, logistiques ou même psychologiques, lorsqu'ils ne sont pas purement juridiques, peuvent être conduits à renoncer à leur recours. Il n'est donc pas étonnant que la Cour de justice décèle dans le libellé ou la mise en œuvre de certaines règles de compétence une atteinte potentielle au principe de protection juridictionnelle effective<sup>20</sup>. Ce sont principalement les clauses contractuelles

---

<sup>20</sup> CJUE, 13 sept. 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska*, pt 59 (visant le droit au recours effectif) : JurisData n° 2018-018055 ; CJUE, 31 mai 2018, C483/16, *Sziber*, pt 49 ; CJUE, 17 juill. 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo et Abril García*, pt 35 ; CJUE, 18 mars 2010, C-317/08 et C-318/08, *Alassini*, point 49 : JurisData n° 2010-003115 (ces droits derniers arrêts visant le principe de protection juridictionnelle effective).

processuelles<sup>21</sup> - qu'il s'agisse de clauses attributives de juridiction, de clauses de conciliation ou de clauses compromissaires – insérées dans les contrats internes de consommation qui, au bénéfice de la directive « Clauses abusives », ont retenu l'attention. Il est utile de s'interroger sur la possible projection des raisonnements développés pour ces contrats internes sur les clauses processuelles insérées dans les contrats internationaux. En outre, le principe de protection juridictionnelle effective pourrait avoir une incidence sur les règles de compétence internationale applicables en l'absence de choix de for. Pour mener cette analyse, on ira du connu : la protection juridictionnelle effective des consommateurs contre les clauses processuelles (A), à l'inconnu : l'incidence du principe de protection juridictionnelle effective sur les règles de compétence internationale (B).

### ***A- Protection juridictionnelle effective et clauses processuelles dans les contrats internationaux de consommation***

9. Le droit de la consommation constitue la figure de proue de l'œuvre de la Cour de justice visant à contrôler les clauses de procédure à l'aune du principe de protection juridictionnelle effective. Si sa jurisprudence concerne principalement les contrats internes (1°), des enseignements utiles peuvent en être tirés pour les contrats internationaux (2°).

#### *1° Régime des clauses dans les contrats internes de consommation*

10. Visant la directive « Clauses abusives », la Cour de justice s'est interrogée sur la compatibilité à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux aussi bien des clauses fixant la compétence territoriale des juridictions pour connaître des litiges de consommation que des clauses imposant le recours préalable et obligatoire à des procédures extrajudiciaires. Le sort devant être réservé aux clauses compromissaires peut en outre être déduit de sa jurisprudence.

11. *Clauses de choix de juridiction.* Il est désormais de jurisprudence constante qu'une clause d'un contrat de consommation, « qui a pour objet de conférer compétence, pour tous les litiges découlant du contrat, à la *juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège du professionnel*, réunit tous les critères pour pouvoir être qualifiée d'abusives au regard de la directive » lorsqu'elle a été préalablement rédigée par un professionnel et qu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle<sup>22</sup>. Récemment, la Cour de justice a complété ce dispositif et en a élargi doublement la portée dans un arrêt *Aqua Med*<sup>23</sup>. Elle a tout d'abord considéré qu'une clause attribuant compétence territoriale à une juridiction déterminée *par simple référence aux règles générales d'un droit national* doit donner lieu à un contrôle d'office de son caractère abusif, même si l'article 1, §2 de la directive « Clauses abusives » exclut de son champ d'application les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires. Pour la Cour, il faut en effet retenir une interprétation stricte de cette exception. La Cour a estimé, ensuite, que la clause renvoyant aux dispositions nationales *offrant au professionnel une option entre les juridictions du domicile du consommateur et celles du lieu d'exécution du contrat* est susceptible de constituer une clause abusive si le choix du lieu d'exécution du contrat entraîne pour le consommateur des conditions procédurales de nature à restreindre son droit au recours effectif prévu par l'article 47 de la

---

<sup>21</sup> Sur ces clauses et leur incidence en matière d'accès à la justice, v. : M. de Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP. G.* 2019. Doct. 583.

<sup>22</sup> CJCE, 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo*,; CJCE, 4 juin 2009, C-243/08, *Pannon* : JurisData n° 2009-007422.

<sup>23</sup> CJUE, 3 avr. 2019, *Aqua Med*, C-266/18 : JurisData n° 2019-007171.

Charte (point 47) et la protection effective de ses droits que lui assure le droit de l'Union (point 46). Un contrôle d'office du juge national s'impose donc.

12. *Clauses de conciliation.* S'agissant des clauses imposant le recours à une procédure extrajudiciaire telle que la conciliation ou la médiation, la Cour a estimé, tout en rappelant que le développement de ces procédures extrajudiciaires est encouragé par le droit de l'Union, que leur compatibilité avec le droit à une protection juridictionnelle effective doit être vérifiée dès lorsqu'elles constituent une condition de recevabilité des recours juridictionnels. Et si elle a conclu à la compatibilité du recours préalable obligatoire à la conciliation au droit au recours effectif, c'est en l'assortissant de conditions très strictes : la procédure ne doit pas aboutir à une décision contraignante pour les parties ; elle ne doit pas entraîner de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, ni suspendre la prescription des droits concernés ; elle ne doit pas générer de frais (ou des frais peu importants) pour les parties, ce qui exclut notamment l'obligation d'être assisté par un avocat ; elle doit pouvoir être accessible autrement que par la seule voie électronique ; enfin des mesures provisoires doivent être ouvertes dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose<sup>24</sup>.

13. *Clauses compromissaires.* Enfin, il ressort clairement de la jurisprudence de la CJUE que si les clauses compromissaires peuvent être admises dans les contrats de consommation, elles doivent pouvoir donner lieu à un contrôle effectif de leur éventuel caractère abusif par les juges nationaux, ce contrôle ne pouvant être entravé par des règles de procédure nationales<sup>25</sup>. Ce contrôle doit permettre aux juges de vérifier que le renvoi au tribunal arbitral ne rend pas excessivement difficile l'exercice des droits qui sont conférés au consommateur par l'ordre juridique de l'Union<sup>26</sup>, qu'il s'agisse par exemple des frais encourus<sup>27</sup> ou de l'éloignement géographique par rapport au domicile du consommateur<sup>28</sup>.

Ces règles sont-elles transposables aux contrats internationaux de consommation ?

## 2° Régime des clauses dans les contrats internationaux de consommation

14. La directive « Clauses abusives » s'applique à tous les contrats de consommation, qu'ils soient internes ou internationaux. Les conditions qui encadrent l'insertion des clauses de procédure dans les contrats internes, nées de l'interprétation de la directive à l'aune du principe de protection juridictionnelle effective, sont donc a priori parfaitement transposables aux contrats internationaux. Les choses ne sont toutefois pas si simples.

15. *Clauses attributives de juridiction.* En ce qui concerne tout d'abord les clauses attributives de juridiction, l'utilité du principe de protection juridictionnelle effective est peu manifeste, puisque l'article 19 du règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 (Bruxelles I

---

<sup>24</sup> CJUE, 18 mars 2010, C-317/08 et C-318/08, *Alassini*: JurisData n° 2010-003115; v. aussi, dans le même sens mais appliquant la directive 2013/11 : CJUE, 14 juin 2017, C-75/16, *Rampanelli* ; *JCP E* 2017, 1438, note S. Moracchini-Zindenberg.

<sup>25</sup> CJCE, 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo*; le juge ne peut refuser de contrôler la convention d'arbitrage aux motifs que son caractère abusif n'a été soulevé que tardivement, au stade du recours en annulation, sans avoir été invoqué dans le cadre de la procédure arbitrale - CJCE, 6 oct. 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; JurisData n° 2009-014818: le juge doit procéder d'office à ce contrôle et en tirer toutes les conséquences pour s'assurer que le consommateur n'est pas lié par une clause compromissaire abusive, même lorsqu'il n'est saisi qu'au stade de l'exécution de la sentence, alors que le consommateur n'a pas formé de recours en annulation.

<sup>26</sup> CJUE, 12 févr. 2015, C-567/13, *Baczó et Vizsnyiczai*; JurisData n° 2015-004546.

<sup>27</sup> V. les arrêts *Alassini* ainsi que *Baczó et Vizsnyiczai* préc.

<sup>28</sup> V. arrêt *Baczó et Vizsnyiczai*, préc.

bis) institue une protection spécifique au bénéfice du consommateur : celui-ci ne peut être attiré que devant les juridictions de son domicile, où il peut également attirer le professionnel. Toute clause attributive de juridiction le privant de cette protection est illicite. Le principe de protection juridictionnelle effective pourrait cependant constituer un recours utile dans au moins trois hypothèses.

16. La première est celle, déjà explorée par l'auteur de ces lignes<sup>29</sup>, d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international de transport aérien de passagers. On rappellera seulement les principales lignes du raisonnement. La demande d'indemnisation que les passagers aériens peuvent former contre le transporteur aérien sur le fondement du règlement (CE) n° 261/2004<sup>30</sup>, en cas de retard, d'annulation de vol ou de refus d'embarquement, doit être portée - ce règlement ne prévoyant pas de règle de compétence - devant les juridictions compétentes en application du règlement Bruxelles I bis, dès lors que le transporteur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre<sup>31</sup>. Or aux termes de l'article 17.3 de ce règlement, les règles de compétence protectrices des consommateurs « ne [s'appliquent] pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement ». Seules les règles de compétence ordinaires sont donc applicables<sup>32</sup>, en sorte que les clauses attributives de juridiction insérées dans le contrat de transport aérien ne se heurtent à aucune règle protectrice du passager<sup>33</sup>. Le transporteur pourrait donc licitement, par une clause de ce type, contraindre le passager à l'assigner, en cas de refus d'indemnisation du retard (malheureusement assez fréquent), devant les juridictions de son propre siège. L'application du droit des clauses abusives prend alors tout son sens pour suppléer l'absence de protection du consommateur/passager par le règlement Bruxelles I bis. La CJUE a confirmé, dans un arrêt *Air Berlin*<sup>34</sup>, que les contrats de transport aérien sont soumis au respect des règles générales protégeant les consommateurs contre les clauses abusives, à moins que la non-applicabilité de cette protection ne soit clairement prévue par le droit de l'Union. Le principe de protection juridictionnelle effective devrait ici conduire à faire de cette dernière exception une interprétation stricte, pour considérer que l'art. 17.3 du règlement Bruxelles I bis se borne à exclure le jeu des règles de protection des consommateurs posées par ce règlement au bénéfice des passagers mais n'exclut nullement leur protection contre les clauses abusives, en ce compris la clause attributive de juridiction.

---

<sup>29</sup> S. Clavel, « Le passager aérien est-il un consommateur comme les autres ? Réflexions inspirées par le droit à l'accès effectif à un tribunal », in *Le juriste dans la cité. Etudes en la Mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 231, spéc. p. 239.

<sup>30</sup> On rappellera ici que le recours à l'indemnisation standardisée mise en place par le règlement européen est totalement déconnecté de la Convention de Montréal, ce qui explique que ses dispositions relatives à la compétence ne soient pas applicables.

<sup>31</sup> CJCE, 9 juill. 2009, C-204/08, *Rehder c/ Air Baltic Corporation*, (pt 28) : JurisData n° 2009-005333 ; *Europe* 2009, comm. 385 ; *Procédures* 2009, comm. 321, C. Nourissat ; *Rev. dr. transp.* 2009, comm. 173, L. Grard ; *D.* 2009, p. 1904 ; *D.* 2010, p. 1585, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011, p. 1445, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2009, p. 825, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.* 2010, p. 195, chron. L. Grard - CJUE, 10 mars 2016, C-94/14, *Flight Refund*, point 46 : JurisData n° 2016-006817.

<sup>32</sup> H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6e éd., 2018, n°307.

<sup>33</sup> Naturellement, cela ne vaut que pour la demande d'indemnisation « standardisée » fondée sur le règlement n°261/2004, car les demandes d'indemnisation fondées sur la convention de Montréal relèvent des règles de cette convention qui encadrent strictement les clauses de procédure.

<sup>34</sup> CJUE, 6 juill. 2017, C-290/16, *Air Berlin*, points 45 et 46 ; JCP G 2017, doct. 1269, n°2, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; JCP E 2017, 1495, note P. Dupont et G. Poissonnier

17. Une seconde raison de recourir au couple clauses abusives / principe de protection juridictionnelle effective tient au champ d'application limité de la protection accordée aux consommateurs par le règlement Bruxelles I bis ; selon l'article 17.1, la protection n'est assurée que si (1) le contrat est une vente à tempérament d'objet mobilier corporel ; (2) le contrat est un prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liée à une telle vente ; (3) pour tous les autres contrats, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui dirige son activité vers cet Etat membre. Comme l'a déjà proposé Etienne Pataut<sup>35</sup>, en dehors de ces hypothèses, les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de consommation - si elles échappent aux strictes conditions de licéité posées par le règlement Bruxelles I bis - devraient néanmoins tomber sous le coup de la réglementation des clauses abusives. Une lecture du règlement Bruxelles I bis à la lumière du principe de protection juridictionnelle effective des consommateurs contre les clauses abusives impose très certainement cette solution.

18. Enfin, l'office du juge confronté à une clause attributive de juridiction insérée de façon abusive dans un contrat international de consommation doit à notre sens être envisagé au regard du principe de protection juridictionnelle effective. Le juge doit-il, en application de la jurisprudence *Pannon*, relever d'office le caractère abusif de la clause ? Hélène Gaudemet-Tallon et Marie-Elodie Ancel répondent par la négative, rappelant à juste titre que le règlement Bruxelles I bis n'autorise le juge à relever d'office son incompétence que dans le seul cas où une compétence exclusive est en cause<sup>36</sup>. On peut donc être tenté de considérer que le règlement Bruxelles I bis exclut clairement l'application de la directive « clause abusive »<sup>37</sup>. Cependant, là encore, le principe de protection juridictionnelle effective doit prévaloir. Le règlement Bruxelles I bis ne peut être appliqué que de façon compatible avec le droit à un recours effectif du consommateur, consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, ce qui implique l'obligation pour le juge de relever d'office le caractère éventuellement abusif de la clause attributive de juridiction. De la même façon, la règle relative à la comparution volontaire telle que libellée à l'article 24 du règlement Bruxelles I avant sa révision par le règlement Bruxelles I bis<sup>38</sup>, devrait être appliquée d'une façon compatible avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, et permettre au juge de relever d'office le caractère abusif de la clause nonobstant la comparution du consommateur<sup>39</sup>, alors même que ce contrôle n'est pas prévu par le texte.

19. *Clauses de conciliation*. Le principe de protection juridictionnelle effective devrait également jouer un rôle dans la mise en œuvre des clauses de conciliation préalables

---

<sup>35</sup> E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », *Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, n°312.

<sup>37</sup> Ce qui, selon les termes de l'arrêt *Air Berlin* (préc.), interdirait d'y recourir.

<sup>38</sup> L'article 24 du règlement Bruxelles I, qui prévoyait que « le juge d'un Etat membre devant lequel le défendeur comparait est compétent », a été reformulée à l'article 26.2 du règlement Bruxelles I bis, qui prescrit désormais au juge, lorsque le défendeur est un consommateur, de s'assurer que celui-ci est informé de son droit de contester la compétence.

<sup>39</sup> V. à cet égard : CJUE, 11 sept. 2014, *A c. B*, C-112/13. Dans cet arrêt, la Cour interprète précisément l'article 24 du règlement Bruxelles I à la lumière de l'article 47 de la Charte pour conclure que la comparution d'un curateur du défendeur absent, auquel la requête introductive d'instance n'a pas été notifiée à défaut d'une résidence connue, n'équivaut pas à la comparution du défendeur au sens de l'article 24, car cette règle repose sur un « choix délibéré des parties au litige relatif à cette compétence » (pt 54). *Contra*, mais avant l'entrée en vigueur de la Charte : E. Pataut, art. préc.

obligatoires et des clauses compromissaires dans les contrats internationaux de consommation. S'agissant des premières, le droit français fixe, il est vrai désormais, un régime strict, allant au-delà des exigences de la CJUE rappelées ci-dessus<sup>40</sup>. La Cour de cassation française, après avoir dans un premier temps considéré que la clause de conciliation préalable, exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur, ne revêtait pas un caractère abusif<sup>41</sup>, a renforcé ses exigences. Pour censurer une décision pourtant compatible avec la jurisprudence européenne, puisque les juges du fond y validaient une clause de médiation préalable obligatoire après avoir pris soin de relever son caractère explicite et précis, la gratuité de la médiation pour le consommateur, la neutralité et la compétence de l'instance de médiation et l'absence d'entrave de recours au juge, la Haute juridiction française énonce qu'une telle clause doit être présumée abusive au sens de l'article R. 212-2 du Code de la consommation<sup>42</sup>, de sorte qu'il revient au professionnel de rapporter la preuve qu'elle ne crée pas de déséquilibre significatif. D'aucuns<sup>43</sup> expliquent ce durcissement par la volonté de mettre en harmonie le régime des clauses insérées dans les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 transposant la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, avec le régime des contrats postérieurs à l'entrée en vigueur de ce texte par lequel la France a choisi de poser un principe d'interdiction de la clause de médiation préalable obligatoire (art. C conso., L. 612-4). Dans ces conditions, le besoin de recourir au principe de protection juridictionnelle effective paraît limité, du moins si l'interdiction de la clause devait être considérée comme une règle d'application immédiate. Dans le cas contraire, une clause valable selon le droit étranger la régissant devrait néanmoins être contrôlée à l'aune du principe de protection juridictionnelle effective, par application des critères posés par la jurisprudence *Alassini*.

20. *Clauses compromissaires*. La clause compromissoire soulève des difficultés supérieures. Aujourd'hui encore, les consommateurs restent insuffisamment protégés en France contre les clauses compromissaires dans les contrats internationaux, pour deux raisons combinées tenant au traitement juridique de ces clauses, et à l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

21. La France n'a pas choisi de classer les clauses compromissaires dans la liste noire des clauses irréfragablement présumées abusives<sup>44</sup>. Il est vrai que ni la directive, ni la jurisprudence européenne ne l'imposent. Il est toutefois permis de se demander si l'article 47 de la Charte, et le principe de protection juridictionnelle effective, n'obligent pas désormais à considérer que les clauses compromissaires dans les contrats de consommation sont irréfragablement abusives. C'est ce qu'a jugé la cour d'appel de Leeuwarden en 2011<sup>45</sup>. La clause compromissoire n'était à cette époque pas inscrite sur la liste noire aux Pays-Bas. Mais

---

<sup>40</sup> V. n°12.

<sup>41</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n°03-19.692 : JurisData n° 2005-026740.

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2018, n°17-16.197 : JurisData n° 2018-008962 ; JCP G 2018, 710, note G. Paisant ; D. 2019. 607, obs. N. Sauphanor-Brouillaud

<sup>43</sup> C. Pelletier, « Caractère présumé abusif de la clause de conciliation dans les contrats de consommation conclus avant l'entrée en vigueur de l'article L. 612-4 du Code de la consommation », *RDC* 2018, n° 115r2, p. 575

<sup>44</sup> Les clauses ayant pour objet de supprimer ou entraver l'exercice de l'action en justice par le consommateur « notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement la juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges » sont visées à l'art. R. 212-2 code conso., relatif aux clauses simplement présumées abusives.

<sup>45</sup> CA de Leeuwarden, 5 juill. 2011, *Van Marrum/Wolff*, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2500.

la Cour a observé que l'arbitrage présente des inconvénients par rapport aux procédures devant les juridictions étatiques et crée pour le consommateur une contrainte déraisonnable : il n'y a pas de garanties équivalentes concernant l'indépendance de l'arbitre, l'application de la loi, et le consommateur peut être découragé par les coûts trop importants ou la distance entre son domicile et le lieu de l'arbitrage. Elle en a conclu que l'article 47 de la Charte justifie que la clause compromissoire soit placée sur la « liste noire » des clauses contractuelles et qu'elle soit contrôlée d'office par les juges en vue de son éradication. Si cette décision a été censurée par la Cour suprême néerlandaise en raison de sa motivation trop générale, insuffisamment circonstanciée par rapport au cas d'espèce, le législateur néerlandais a par la suite placé les clauses compromissoires sur la liste noire. L'exemple est inspirant, et il pourrait guider le juge français dans la lecture qu'il fera de l'article 2061, alinéa 2, du Code civil. Cette disposition, créée par la loi *Justice du XXIe siècle*, prévoit que la clause compromissoire n'est pas opposable à celui qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Mais s'il y a consensus sur le fait que ce texte profite au consommateur, son applicabilité en matière internationale reste encore très discutée et est écartée par de nombreux auteurs<sup>46</sup>. Pourtant, il faut rappeler que les juges français sont tenus d'interpréter le droit national, dans les domaines couverts par le droit de l'Union ce qui est incontestablement le cas du droit de la consommation, d'une façon compatible avec l'article 47 de la Charte et le principe de protection juridictionnelle effective. Cet éclairage milite en faveur d'une application de l'article 2061, alinéa 2 du Code civil aux contrats internationaux, pour y rendre la clause compromissoire définitivement inopposable au consommateur.

22. En toute hypothèse, le principal problème du consommateur en France reste, comme le rappellent Charles Jarosson et Jean-Baptiste Racine<sup>47</sup>, le jeu de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Tel qu'il a été appliqué à ce jour dans les contrats internationaux de consommation<sup>48</sup>, ce principe impose au consommateur de porter sa contestation de la clause devant le tribunal arbitral. En effet, tant qu'elle n'est pas irréfragablement qualifiée d'abusive, la clause ne peut être considérée comme « manifestement nulle ou inapplicable », seule circonstance de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre posée par l'article 1448 du Code de procédure civile. Or il est permis de considérer que cette règle procédurale française fait obstacle à la protection effective du consommateur contre une éventuelle clause compromissoire abusive, en contradiction avec les exigences de la Cour<sup>49</sup>. Une relecture de l'effet négatif du principe compétence-compétence à la lumière de l'article 47 de la Charte devrait conduire les juges français à en écarter l'application dans les litiges internationaux de consommation.

---

<sup>46</sup> Concluant à l'inapplicabilité de la disposition aux contrats internationaux : Ch. Jarosson, J.-B. Racine, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Rev. Arb.*, 2016. 1007, n°26 ; L. Weiller, « L'arbitrage du XXIe siècle », *Procédures* 2017, n°2, , Etude 9. *Contra* : M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droits de contrats internationaux*, Sirey, 2017, n°297.

<sup>47</sup> Art. préc. note 46

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. Gaillard ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 2004, *Rado* : *JurisData* n° 2004-023085 ; *Rev. arb.* 2005. 115, Boucobza ; D. 2005. Pan. 3051, Th. Clay.

<sup>49</sup> V. les arrêts cités note 25.

## ***B- Protection juridictionnelle effective et autres règles de compétence internationale***

23. C'est en s'appuyant sur la législation protégeant les consommateurs des clauses abusives que la Cour de justice a construit sa méthodologie de contrôle des clauses de procédure à l'aune du principe de protection juridictionnelle effective. Mais la méthode pourrait être étendue au-delà du droit de la consommation, aux clauses processuelles insérées dans d'autres contrats internationaux (1°) voire à l'application des règles de compétence en l'absence de clause processuelle (2°).

### *1° Clauses processuelles dans les autres contrats internationaux*

24. Le dispositif bâti par la Cour de justice en matière de contrats de consommation se réfère au droit des clauses abusives, car pour pouvoir tirer des conséquences du principe de protection juridictionnelle effective et de l'article 47 de la Charte, il faut que le droit de l'Union confère des droits au justiciable. Dans le cas du consommateur, le droit de l'Union instaure le droit à une protection contre les clauses abusives, et c'est donc la nécessité de garantir effectivement ce droit qui a servi de support au développement de la jurisprudence de la CJUE. Cette jurisprudence pourrait-elle essaimer en dehors du droit de la consommation ?

25. Les textes européens, notamment les articles 19, §1 alinéa 2 du TUE et 47 de la Charte, instituent au bénéfice de chaque justiciable un droit légalement protégé : *le droit d'accès effectif à un tribunal*. Certes, ce droit n'est formellement consacré que « dans les domaines couverts par le droit de l'Union » (TFU, art. 19,§1), ou lorsque les Etats membres « mettent en œuvre le droit de l'Union » (Charte, art. 51). Mais ces domaines sont d'autant plus étendus que la Cour de justice en a adopté une conception large. Il n'est pas nécessaire, notamment, que les réglementations nationales dont l'application est en cause soient le résultat de la transposition de directives européennes ; il suffit qu'elles puissent être rattachées à des obligations imposées à l'Etat membre par les traités constitutifs, c'est-à-dire que l'action de cet Etat membre soit au moins partiellement déterminée par le droit de l'Union<sup>50</sup>. Le champ d'application de la protection européenne du droit d'accès effectif au tribunal est donc potentiellement immense<sup>51</sup>, notamment au travers des libertés de circulation<sup>52</sup>. Or le droit d'accès effectif au tribunal peut être entravé par les clauses de procédure insérées dans les contrats internes et *a fortiori* dans les contrats internationaux. Il devient donc possible, voire nécessaire, de contrôler ces clauses de procédure, chaque fois que l'action se situe dans un domaine couvert par le droit de l'Union, au regard du principe de protection juridictionnelle effective.

26. Quelle forme ce contrôle doit-il épouser ? Il doit en premier lieu conduire les juges nationaux à s'interroger sur le point de savoir si la clause, et les réglementations nationales qui la régissent, sont de nature, au regard des circonstances de l'espèce (situation financière du justiciable, éloignement du domicile, frais induits, délais excessifs...), à entraver l'accès du justiciable, demandeur ou défendeur, au juge. Mais si la conclusion de cette analyse est positive, la clause ne doit pas nécessairement être disqualifiée. La Cour rappelle, en effet, avec constance que « les droits fondamentaux ne constituent pas des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à

---

<sup>50</sup> CJUE, 26 févr. 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

<sup>51</sup> Pour une analyse approfondie, v. L. Pailler, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, op. cit., n°38 s.

<sup>52</sup> L. Pailler, op. cit., n°69.

des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et n'impliquent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis»<sup>53</sup>. Ce n'est donc que si l'application de la clause rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'accès au juge, au regard des circonstances concrètes de l'affaire, que celle-ci devra être disqualifiée<sup>54</sup>. Ainsi, le principe de protection juridictionnelle effective pourrait motiver la décision de neutraliser une clause d'arbitrage, pourtant valablement conclue entre deux parties capables de compromettre, en raison de l'insolvabilité subséquente de l'une des parties l'empêchant d'assumer les frais de l'arbitrage. La force de ce principe, là où il est applicable, pourrait venir renforcer la tendance naissante en jurisprudence française à reconnaître l'inapplicabilité ou la caducité d'une convention d'arbitrage constituant une entrave à l'accès au juge de la partie impécunieuse<sup>55</sup>, et surtout avoir raison des réticences à atténuer la vigueur de l'effet négatif du principe compétence-compétence dans une telle hypothèse<sup>56</sup>.

## 2° Règles de compétence internationale

27. On a évoqué, déjà, l'utilisation faite par la CJUE de l'article 47 de la Charte pour interpréter les règlements Bruxelles I et Bruxelles I *bis*, en cas d'obscurité ou de lacune<sup>57</sup>. Le principe de protection juridictionnelle effective peut, suivant cette ligne, fournir la clé de réponse à de nombreuses questions. Il pourrait par exemple venir limiter le pouvoir reconnu aux tribunaux de surseoir à statuer en raison de la connexité avec une affaire déjà portée devant une juridiction d'un autre Etat membre, en application de l'article 30 du règlement

---

<sup>53</sup> CJUE, 18 mars 2010, C-317/08 et C-318/08, *Alassini*, point 63 : JurisData n° 2010-003115; CJCE, 15 juin 2006, C-28/05, *Dokter e.a.*, pt 75.

<sup>54</sup> La cour d'appel de Paris a par exemple fait application de ce raisonnement, sans viser la Charte, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 12 février 2016 dans l'affaire *Facebook* (CA Paris, 12 févr. 2016, n°15/08624 : JurisData n° 2016-002888 ; D. 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, RTDCiv. 2016. 310, obs. L. Usunier) pour invalider la clause attributive de juridiction insérée dans les CGV de la société californienne, qui oblige le souscripteur « à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ». Pour la Cour « les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action contre Facebook, alors « qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises ». La Cour en conclut que la clause a « pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice ».

<sup>55</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, *Pirelli*, n°11-27.770 : JurisData n° 2013-005254 ; JCP G 2013, 559, note J. Béguin et H. Wang ; JCP G 2013, act. 408, obs. J. Béguin ; JCP G 2013, doct. p. 784, § 4, obs. C. Seraglini ; D. 2013, 2944, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 30 juin-2 juill. 2013, p. 16, obs. D. Bensaude. Cah. arb. 2013, 479, note A. Pinna ; Procédures 2013, 189, note L. Weiller ; Rev. arb. 2013, 746, note F.-X. Train ; LPA 27 janvier 2014 n°19 p. 9, note M. de Fontmichel - CA Paris, 11 sept. 2018, n°16/19913, *Subway* JurisData n° 2018-015475 ; D. 2018, p. 2448 s., obs. Th. Clay, AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution, 2018, n°11, p. 491, note J. Jourdan-Marques ; J. Clavel-Thoraval, Revue *Lamy droit des affaires*, 2019, n°145, p. 35. *Contra* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juill. 2016, n°15-19.389 : JurisData n° 2016-013774; CA Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2013, n° 12/12953 ; Rev. arb. 2013, p. 746, note F.-X. Train ; Cah. arb. 2013, p. 749, note A. Pinna ; D. 2013 p. 2936, et p. 2945, obs. Th. Clay ; LPA 28 janv. 2014, p. 9, n° 19, note M. de Fontmichel.

<sup>56</sup> Sur cette question, v. en part : J. Clavel-Thoraval, préc. ; et v. la solution allemande consistant précisément à écarter l'effet négatif du principe de compétence-compétence : Bundesgerichtshof, 14 sept. 2000, III ZR 33/00.

<sup>57</sup> V. en particulier CJUE, 11 sept. 2014, *A c. B*, C-112/13 et CJUE, 11 nov. 2011, *Hypotecni*, C-327/10,

Bruxelles I *bis*<sup>58</sup>. En effet, il est légitime de se demander si le juge peut encore décider de surseoir à statuer, même si le texte l'y autorise, lorsqu'il constate qu'un tel sursis conduirait à entraver significativement l'accès à la justice d'une des parties, par exemple en raison de l'allongement excessif de la procédure qui en résulterait. La faculté de surseoir se transformerait alors en interdiction de surseoir.

28. Le principe de protection juridictionnelle effective pourrait également être mobilisé pour définir le régime de la compétence fondée sur le déni de justice ou for de nécessité. Nombre de règlements européens, en application de cette règle, autorisent les justiciables à faire valoir leurs droits devant une juridiction d'un Etat membre, pourtant dépourvue de compétence, « si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit ». Là où cette règle de compétence est expressément consacrée, le recours au principe de protection effective apparaît superflu ; mais elle ne l'est pas dans tous les règlements, et notamment pas dans le règlement Bruxelles I *bis*. Dès lors, le principe de protection juridictionnelle effective vient renforcer l'opinion<sup>59</sup>, parfois contestée<sup>60</sup>, selon laquelle en cas d'impossibilité de fait de saisir les juridictions d'un Etat membre, l'applicabilité du règlement Bruxelles I *bis* ne devrait pas empêcher le justiciable « selon les règles du droit international commun, de saisir un tribunal d'un autre Etat de l'Union européenne et de bénéficier ensuite du mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution »<sup>61</sup>, même si le règlement ne le prévoit pas formellement. Bien plus, parce que « l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui garantit un droit à un recours effectif devant un tribunal fonde implicitement la compétence reposant sur le risque de déni de justice »<sup>62</sup>, il nous semble qu'au moins « dans les domaines couverts par le droit de l'Union »<sup>63</sup>, le principe de protection juridictionnelle effective devrait conduire les juges français à libéraliser les conditions d'admission de leur compétence fondée sur le déni de justice, aujourd'hui retenues trop strictement<sup>64</sup>. Notamment, les juridictions françaises devraient pouvoir se déclarer compétentes lorsque le demandeur, sans être dans l'impossibilité de saisir le juge étranger, démontre que la procédure étrangère, eu égard au droit applicable, conduirait à son débouté sur la base de considérations discriminatoires. En effet il ne fait pas de doute que la protection contre les discriminations fondées sur le genre ou les croyances religieuses relève du droit de l'Union<sup>65</sup>. Pourtant cette approche du déni de

---

<sup>58</sup> Le raisonnement emprunte ici à l'arrêt *Sales Sinués* (CJUE, 14 avril 2016, C-381/14 et C-385/14), dans lequel la Cour a considéré que la législation nationale imposant au juge de surseoir à statuer sur la demande individuelle d'un consommateur, en raison d'une procédure pendante dans une action collective intentée par une association de protection des consommateurs, prive le consommateur de la protection juridictionnelle effective à laquelle il a droit.

<sup>59</sup> H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n°84.

<sup>60</sup> V. Retornaz, B. Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 225, spéc. p. 230.

<sup>61</sup> H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Sur cette notion, V. *supra* n°25.

<sup>64</sup> Cass. soc., 14 sept. 2017, n°15-26737 : JurisData n°2017-017662 ; JCP S. 2017, n° 46, 1374 : si l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France, la seule détention par une société française d'une partie du capital d'une société étrangère ne constitue pas un lien de rattachement au titre du déni de justice.

<sup>65</sup> V. *supra* n°3

justice, retenue par certaines juridictions européennes<sup>66</sup>, a pour l'heure été exclue par la Cour de cassation<sup>67</sup>. Cette solution mériterait d'être réexaminée à la lumière de principe de protection juridictionnelle effective. Car ce principe ne protège pas seulement l'accès au juge ; il tend à garantir l'effectivité des droits, et dès lors il doit aussi être envisagé dans ses relations avec la loi applicable au fond.

## **II- Protection juridictionnelle effective et identification de la loi applicable**

29. On illustrera ici comment le principe de protection juridictionnelle effective peut, nonobstant la neutralité, réelle ou supposée, des règles de conflit de lois, conduire à remodeler leur teneur ou leur mise en œuvre. La jurisprudence de la CJUE nous enseigne qu'il existe au moins deux méthodes de (re)lecture des règles de conflit de lois à la lumière du principe de protection juridictionnelle effective. L'une permet de garantir la pleine effectivité de la règle de conflit de lois, lorsque celle-ci abandonne sa neutralité pour organiser la protection d'un justiciable (A). L'autre consiste à assurer l'effectivité de règles de protection substantielles en leur garantissant un large champ d'application dans l'espace (B).

### ***A- Garantir la pleine effectivité des règles de conflit protectrices***

30. L'arrêt de référence en la matière est le célèbre arrêt *VKI/Amazon*, prononcé par la CJUE le 28 juillet 2016<sup>68</sup>. De cet arrêt largement commenté en ce qu'il détermine la loi applicable à l'action en cessation intentée contre un professionnel par une association de consommateurs, c'est ici l'incidente consacrée au *caractère abusif de la clause de choix de loi* qui retiendra exclusivement l'attention. La portée de l'arrêt sur ce point doit être analysée en deux temps. Explicitement, l'arrêt redéfinit le régime des clauses de choix de loi insérées dans les contrats de consommation à la lumière du principe d'effectivité de la protection des consommateurs contre les clauses abusives ; il invite à cet égard à s'interroger sur la possible neutralisation des clauses de choix de loi à l'aune du droit au recours effectif (1°). Implicitement, replacé dans le contexte de la jurisprudence européenne relative à l'effectivité de la protection juridictionnelle offerte aux consommateurs, l'arrêt impose de repenser les contours de l'office du juge quant à l'application des règles de conflit de lois (2°).

---

<sup>66</sup> Sur le for de nécessité lié à l'incompatibilité des systèmes juridiques, V. : V. Retornaz, B. Volders, art. préc., p. 245 s.

<sup>67</sup> C'est pourtant ce que la Cour de cassation a refusé de faire (Cass. .1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, n° 12-12753) : l'épouse du *de cuius* égyptien demandait que les juridictions françaises se déclarent compétentes pour connaître de sa succession mobilière, invoquant être dans l'impossibilité de s'adresser à la justice égyptienne pour faire valoir ses droits sur les biens laissés par son époux, la loi égyptienne ne lui reconnaissant pas la qualité d'héritière motif pris de ses convictions religieuses et lui refusant par là même la qualité pour agir devant les tribunaux égyptiens, lesquels avaient envoyés les frères et sœurs du défunt en possession des biens sis en Egypte sans même exiger la mise en cause de la veuve. La Cour de cassation balaye l'argument, en faisant valoir que la demanderesse se prévalait, en réalité, non d'un déni de justice, mais de l'incompatibilité avec l'ordre public international français de la loi de fond égyptienne. L'article 47 de la Charte, combiné au droit à être protégé contre les discriminations, pourrait pourtant ici justifier que les juridictions françaises se déclarent compétentes.

<sup>68</sup> CJUE, 28 juill. 2016, C-191/15, *VKI/Amazon*, : JurisData n° 2016-016129 ; JDI 2017. Chron. 11, p..1478, obs. L. d'Avout ; D. 2016. 2315, note F. Jault-Seseke, 2141, obs. J. Larrieu, et 2017. 539, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; Dalloz IP/IT 2017. 50, obs. E. Treppoz ; D. 2017. 1016, obs. H. Gaudemet-Tallon.

### *1° Neutralisation des clauses de choix de loi instituant un déséquilibre significatif*

31. Une clause de choix de loi peut-elle, alors même qu'elle remplit les conditions de validité posées par le droit international privé européen, être neutralisée au titre de la protection juridictionnelle effective d'un droit substantiel ? C'est une réponse positive qu'apporte à cette question l'arrêt *VKI/Amazon*, dans le contexte spécifique des contrats de consommation.

32. Il faut au préalable rappeler que les clauses de choix de loi insérées dans les contrats de consommation sont, en application de l'article 6 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, revêtues d'une validité de principe, et ce quelle que soit la loi sélectionnée par les parties -ou plus exactement, puisqu'il s'agit essentiellement de contrats d'adhésion, par le professionnel seul. Celui-ci peut donc, licitement, rendre applicable la loi de l'Etat où il exerce ses activités professionnelles aux relations nouées avec des consommateurs transfrontaliers. La protection instituée par le règlement Rome I au bénéfice des consommateurs prend en effet une autre forme que celle de l'illicéité des clauses de choix de loi imposées par le professionnel : nonobstant une telle clause, le consommateur ne peut se voir priver de la protection à laquelle il a droit en vertu des dispositions impératives de la loi de l'Etat où il a sa résidence habituelle. Ainsi la clause de choix de loi imposée par le professionnel peut être rédigée de la façon la plus déséquilibrée qui soit, le consommateur n'en souffrira théoriquement pas, puisqu'il pourra toujours revendiquer l'application des dispositions de la loi de sa résidence habituelle, qui aurait été applicable en l'absence de clause de choix de loi.

33. Encore faut-il, évidemment, que le consommateur songe à revendiquer cette protection. Or c'est bien là toute la difficulté. Le déficit informationnel du consommateur constitue sa principale faiblesse et le risque est donc fort que, confronté à une clause de choix de loi dérogeant à la compétence de la loi de sa résidence habituelle, il ne se prévale pas de cette dernière dans ses relations avec le professionnel. Cette situation est particulièrement grave dans les hypothèses, fréquentes en droit de la consommation, où les litiges entre le professionnel et le consommateur se règlent sans passage devant un juge, car le consommateur se trouve alors à la merci du professionnel. En conclusion, il apparaît que le système institué par le règlement Rome I pour protéger les consommateurs contre d'éventuelles clauses de choix de lois déséquilibrées ne remplit qu'imparfaitement son office. La protection du consommateur n'est pas effective.

34. La Cour de justice pallie, avec l'arrêt *Amazon*, ce déficit de protection en puisant dans le droit des clauses abusives. Elle juge que la clause de choix de loi insérée dans le contrat de consommation, même si elle est licite au regard de l'article 6 du Règlement Rome I, constitue une clause abusive lorsqu'elle induit le consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi choisie s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement, de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de son Etat de résidence<sup>69</sup>.

35. Ce raisonnement renvoie à ceux, déjà exposés à propos des clauses processuelles, dans lesquels la Cour s'est fondée sur le principe de protection juridictionnelle effective et sur l'article 47 de la Charte pour assurer l'effectivité de la protection du consommateur contre les clauses abusives. Ainsi, même si l'arrêt *Amazon* ne vise ni le principe de protection juridictionnelle effective ni l'article 47 de la Charte, il n'en illustre pas moins l'incidence que

---

<sup>69</sup> Points 68 et 69 de l'arrêt.

peut avoir le principe sur l'application des règles de conflit de lois. La Cour aurait sans doute été conduite à faire référence au principe de protection juridictionnelle si les circonstances de l'espèce l'avaient conduite à aller au bout de sa logique pour conclure, non seulement comme elle l'a fait que le professionnel doit rédiger la clause de choix de loi de façon à garantir la pleine information du consommateur quant à ses droits, mais aussi que le juge, confronté à une clause de choix de loi constituant une clause abusive, doit relever d'office le caractère abusif de la clause et sa non-applicabilité. On y reviendra.

36. Avant cela, il faut en effet se demander si le raisonnement ici mis en œuvre pourrait être transposé en dehors du cadre strict du droit de la consommation. Les problèmes d'asymétrie entre contractants ne sont pas cantonnés au droit de la consommation ; ils existent aussi dans les relations entre professionnels, en sorte que la clause de choix de loi peut avoir été imposée par la partie forte à la partie faible, à son détriment. De tels problèmes devraient pouvoir être corrigés, mais le règlement Rome I n'y pourvoit pas : l'abus dans l'usage des clauses de choix de loi n'est pas envisagé. Pour autant, des moyens existent pour faire sanctionner un tel abus. La *lex contractus*, qui régira le plus souvent la validité de la clause de choix de loi en application de l'article 10 du règlement Rome I, peut en effet invalider les clauses qui créent un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties<sup>70</sup>, à condition que ses règles matérielles le prévoient. La question est désormais de savoir si le principe de protection juridictionnelle effective pourrait prendre le relais de la protection aléatoire offerte par la *lex contractus*. Pour que le principe de protection juridictionnelle puisse s'appliquer, il faut que le justiciable puisse se prévaloir d'un droit protégé par le droit de l'Union ; c'est le cas du consommateur, grâce à la directive « clauses abusives ». Mais en l'état actuel du droit de l'Union, le professionnel en situation de faiblesse ne bénéficie pas formellement d'une protection équivalente contre les clauses instaurant un déséquilibre significatif. Le droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels est toutefois en construction<sup>71</sup>, et même si la directive récemment adoptée en la matière, dans les seules chaînes d'approvisionnement agricole et alimentaire<sup>72</sup>, n'offre pas une protection générale des professionnels en situation de faiblesse contre les clauses instaurant un déséquilibre significatif, il est probable que le droit européen en la matière évoluera dans un avenir proche<sup>73</sup>.

## 2° Office du juge et règles de conflit de lois protectrices

37. L'arrêt *Amazon* de la CJUE invite également à envisager l'incidence du principe de protection juridictionnelle effective sur l'office du juge en matière de droit international privé. Même si la Cour de justice ne le précise pas formellement, le fait qu'elle impose un contrôle

---

<sup>70</sup> Sur cette question, v. spéc. : F. Cafaggi, S. Clavel, « Interfirm networks across Europe. A private International law perspective », in F. Cafaggi (dir), *Contractual Networks, Inter-firm Cooperation and Economic Growth*, Edward Elgar, 2011, p. 201 s., spec. p. 210.

<sup>71</sup> V. not. Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (COM/2013/037 final) ; Communication de la Commission du 15 juillet 2014 portant sur la lutte contre des pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises (COM(2014) 472 final) ; Rapport de la Commission du 29 janvier 2016 sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM(2016) 32 final).

<sup>72</sup> PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/633, 17 avr. 2019, sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

<sup>73</sup> V. en particulier : Résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2016/C 086/05), not. points 10 et 31

des clauses de choix de loi dans les contrats de consommation au regard de la protection contre les clauses abusives, implique nécessairement que le juge doit être désormais considéré comme *tenu* de contrôler d'office l'éventuel caractère abusif des clauses de choix de loi dans les contrats de consommation, en application du principe de protection juridictionnelle effective au sens de la jurisprudence *Pannon*. Mais il nous semble qu'il est permis d'aller plus loin. Le principe de protection juridictionnelle effective vient, à notre sens, justifier et renforcer l'obligation pour le juge d'appliquer également d'office les règles de conflit protectrices du consommateur<sup>74</sup>, les règles de conflit protectrices du salarié<sup>75</sup>, et peut-être plus généralement toutes les règles de conflit qui créent un droit pour l'une des parties<sup>76</sup>. Dès lors qu'une règle de conflit assume une fonction protectrice, en effet, l'effectivité de la protection doit être garantie par les juridictions des Etats membres. Le principe de protection juridictionnelle effective emporte alors deux conséquences. D'une part, il suppose une modification de la jurisprudence actuelle française, qui retient qu'en matière de droits disponibles, le juge a seulement la faculté, et non l'obligation, de relever d'office l'application de la règle de conflit de lois<sup>77</sup>. D'autre part, il impose de repenser la notion d'accord procédural quant à la loi applicable, que la jurisprudence française appréhende de façon large<sup>78</sup> : un simple défaut d'invocation de la loi normalement applicable par la partie protégée par la règle de conflit de lois ne peut justifier l'éviction de cette loi. Le principe de protection juridictionnelle effective suppose que le juge s'assure de la conscience qu'avait le justiciable de l'applicabilité de cette loi, et de sa volonté réelle d'y renoncer<sup>79</sup>.

### ***B- Elargir le champ d'application spatial des règles substantielles protectrices***

38. Le principe de protection juridictionnelle effective pourrait également constituer une référence pertinente pour l'interprétation et l'application de certaines règles de conflit posées par le droit européen. Pour illustrer son incidence en la matière, on raisonnera par référence au droit européen des données personnelles. Le droit de l'Union européenne a très tôt consacré le droit à la protection des données personnelles. Mais les premiers textes organisant cette protection, en particulier la directive 95/46, étaient à la fois peu explicites, et assez restrictifs, quant à sa portée spatiale. L'article 4 de la directive prévoit en effet que la protection s'applique lorsque le traitement est effectué « dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un Etat membre ».

39. Il est revenu à la Cour de justice d'interpréter ce critère, ce qu'elle a fait en lui conférant une portée large, justifiée par le principe de protection juridictionnelle effective. On

---

<sup>74</sup> V. déjà en ce sens, avant l'arrêt *Amazon* : S. Clavel, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Editions, 2013, p. 57 s., spéc. p. 62.

<sup>75</sup> Ibid. ; V. aussi F. Jault-Seseke, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. DIP* 2005, 253.

<sup>76</sup> Par ex., la règle fixant la loi applicable aux dommages environnementaux (S. Clavel, « Les mutations... », *op. cit.*, p. 63).

<sup>77</sup> Ibid., p.60.

<sup>78</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1977, *Hannover International*: JDI 1997, p. 804, note D. Bureau ; *GADIP* n°84 ; *Rev. Crit. DIP* 1977. 514, note B. Fauvarque-Cosson

<sup>79</sup> Sur cette question, V. S. Clavel, « Les mutations... », *op. cit.*, p. 64.

évoquera plus particulièrement ici les arrêts *Google Spain*<sup>80</sup>, *Weltimmo*<sup>81</sup> et *Amazon*<sup>82</sup>. Dans toutes ces affaires, la situation était similaire. Une personne domiciliée dans un Etat membre demandait protection aux autorités nationales contre un traitement -qu'elle jugeait illégal- de ses données personnelles, en application de la loi de son Etat de résidence, alors que le principal responsable du traitement était établi dans un autre Etat. Néanmoins l'activité incriminée avait « un lien », plus ou moins fort, avec l'Etat membre où était domiciliée la personne concernée. Mais le responsable contestait remplir la condition posée par l'article 4, pour s'opposer à l'application de la loi de l'Etat membre de résidence du demandeur. Dans les trois affaires, la CJUE s'est fondée sur la nécessaire protection effective et complète des droits et libertés fondamentales des personnes physiques, pour donner une directive d'interprétation large du critère d'application spatial de la protection européenne des données personnelles. C'est ainsi qu'elle conclut à l'applicabilité de la protection européenne, même si le traitement se fait en dehors de l'Union, dès lors qu'il existe dans l'Union une succursale dont la mission est de promouvoir et vendre des espaces publicitaires (*Google Spain*), ou un représentant du responsable de traitement localement chargé du recouvrement de créances et de la représentation en justice (*Weltimmo*). En revanche, la seule accessibilité d'un site web sur le territoire d'un Etat membre ne rend pas sa loi applicable (*Amazon*). Même si le RGPD intègre désormais ces solutions -et plus- dans la législation européenne<sup>83</sup>, il n'est pas douteux que le principe de protection juridictionnelle effective pourra encore offrir une directive utile pour traiter les difficultés d'interprétation de l'article 3 qui fixe le champ d'application spatial du règlement.

40. Plus généralement, le travail réalisé par la CJUE en matière de protection des données à partir du principe de protection juridictionnelle effective pour définir le champ d'application du droit européen, pourrait constituer un exemple à suivre dans la mise en œuvre de certaines règles de conflit de lois. On pourrait ainsi envisager que le critère du « pays où le dommage survient » au sens de l'article 4, §1 du règlement Rome II, qui suscite des difficultés de mise en œuvre notamment lorsque le dommage est diffus, fasse l'objet d'une relecture à la lumière du principe de protection juridictionnelle effective. Pour cela, il suffirait que les juridictions nationales - sous le contrôle de la CJUE - s'emparent pleinement de la latitude que ce principe leur donne dans l'application des règles de droit international privé européen.

---

<sup>80</sup> CJUE, 13 mai 2014, C-131/12,

<sup>81</sup> CJUE, 1 oct. 2015, C-230/14, *Weltimmo* : JurisData n° 2015-025844 ;D. 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et les notes citées.

<sup>82</sup> CJUE, 28 juill. 2016, C-191/15, et les notes préc. (v. note 68) : JurisData n° 2016-016129

<sup>83</sup> V. F. Jault-Seseke, C. Zolynski, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé », *D.* 2016. 1874 ; L. Pailler, « L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) - Commentaire de l'article 3 », *JDI* 2018, doct. 9, p. 823 ; v. aussi F. Jault-Seseke, « La portée extraterritoriale ou a-territoriale du RGPD », *Rev. aff. Europ.* 2018, n°1, p. 43.