



La protection de la partie faible au contrat international. Regard sur l'encadrement des clauses de choix de loi, de *forum* et clauses compromissoires aux États-Unis et dans l'Union européenne

Joseph Basilien

Mémoire de Master 2 Droit international, européen et comparé

Sous la direction de Ludovic Pailler, Professeur

N° 23

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de droit international, européen et comparé – EA n° 4185
Lyon – 2020

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Basilien (Joseph). – *La protection de la partie faible au contrat international. Regard sur l’encadrement des clauses de choix de loi, de forum et clauses compromissoires aux États-Unis et dans l’Union européenne.* – Mémoire de Master 2 Droit privé international et comparé / sous la direction de Ludovic Pailler, Professeur. – Lyon : Équipe de droit international, européen et comparé, 2020. – 93 p. – (Les Mémoires de l’Équipe de droit international, européen et comparé : n° 23). – Document disponible sur le site web de l’Équipe de droit international, européen et comparé, à l’adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications/les-memoires-de-lequipe-de-droit-international-europeen-et-compare/#c937>.

ISSN : 2778-2441

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l’Équipe de droit international, européen et comparé

Réalisation d’édition : Véronique Gervasoni, Administratrice de l’EDIEC

Mise en forme : Marie Brossard, Gestionnaire administrative et assistante à la valorisation de la recherche de l’EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, 69007 Lyon

Adresse postale : Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit (Quais) – EDIEC

1C avenue des Frères Lumière CS 78242 – 69372 Lyon Cedex 08 | Tél. : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr | **Web :** <http://ediec.univ-lyon3.fr>



La protection de la partie faible au contrat international : Regard sur l'encadrement des clauses de choix de loi, de *forum* et clauses compromissoires aux États-Unis et dans l'Union européenne

Joseph Basilien

Mémoire de Master 2 Droit international, européen et comparé

Sous la direction de Ludovic Pailler, Professeur

N° 23

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de droit international, européen et comparé – EA n° 4185
Lyon – 2020**

L'auteur certifie sur l'honneur que le présent mémoire est le fruit de sa recherche personnelle effectuée selon les normes universitaires en matière de recherche. La Faculté n'entend pas approuver ou désapprouver les opinions émises dans ce mémoire ; dès lors elles doivent être considérées comme propres à l'auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement Monsieur le Professeur Pailler pour m'avoir aidé à choisir un sujet aussi intéressant et pour le soutien qu'il m'a apporté pour proposer une étude la plus aboutie possible.

J'adresse également ma gratitude à Monsieur le Professeur Heymann pour sa bienveillance et ses conseils qui m'ont aidé à naviguer dans la complexité du droit étasunien.

En outre, c'est tout l'ensemble du corps enseignant du Master que je désire remercier pour les enseignements dispensés et l'écoute offerte.

Je tiens à adresser quelques mots à l'ensemble de mes camarades de Master 2, notamment Anna So, avec qui échanger a permis une réflexion plus profonde et un soutien constant.

Enfin, je remercie mes proches et plus particulièrement ma famille pour leur écoute, leur soutien et le temps qu'ils ont consacré à m'écouter parler d'un sujet par moment obscur pour eux.

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGNES ET ACRONYMES

Cass.	Cour de cassation
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Commercial(e)
CT	Court – anglais
EAL	En accès libre
EU	États-Unis d'Amérique
FD	Fédéral
JCPC	Judicial Committee of the Privy Council
JO	Journal officiel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Soc.	Social(e)
UE	Union européenne
US SC	Cour suprême des États-Unis d'Amérique
USC	United States Code – Code des États-Unis

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE. – LES DIVERGENCES DANS LA CONCEPTION THÉORIQUE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

CHAPITRE I. – LA DÉFINITION JURIDIQUE DU CONCEPT DE PARTIE FAIBLE

CHAPITRE II. – LA DÉTERMINATION DE LA MÉTHODE DE PROTECTION

DEUXIÈME PARTIE. – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

CHAPITRE I. – L’EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION CONCRÈTE DES PARTIES FAIBLES

CHAPITRE II. – LA POSSIBILITÉ D’UNE INSPIRATION MUTUELLE

INTRODUCTION

1. Origines de l'autonomie de la volonté. Dans son ouvrage *Aspects philosophiques du droit international privé*, le doyen Batiffol consacre l'importance de l'autonomie de la volonté dans les ordres juridiques nationaux comme le

« principe le plus propre à multiplier les relations privées, en permettant notamment à ceux qui y participent de prévoir exactement ce qu'ils en tireront [...] dans l'ordre international c'est le même courant libéral qui voit dans la liberté complète du choix de la loi applicable le procédé le plus approprié à la multiplication et à l'utilité des relations privées¹ ».

Toutefois, l'auteur pondère cette affirmation en soulignant que « l'expérience est faite que cette libre oraison de liens contractuels a abouti dans l'ordre interne à l'oppression du faible par le for² ».

Cet extrait de 1956 montre que la problématique du danger de l'oppression des parties faibles par les parties fortes n'est pas un sujet d'étude récent. Pourtant, ce débat entre laisser libre cours à l'autonomie de la volonté et la brider afin de protéger des parties faibles est toujours d'actualité. Cette question est encore aujourd'hui étudiée et discutée par la doctrine et les législateurs³. Ainsi parvenir à un équilibre approuvé de tous entre le principe libéral d'autonomie de la volonté et la présupposée nécessité de protéger les parties faibles dans leurs relations contractuelles semble être une tâche ardue.

2. Les parties faibles au centre des échanges internationaux. Avec la globalisation de l'économie et le développement d'Internet, échanger et contracter au-delà des frontières n'a jamais été aussi simple. Dans ce contexte économique, les entreprises multinationales se sont multipliées, ont renforcé leur pouvoir de négociation par la diversité de leurs revenus et la création d'oligopoles sur certains secteurs, rendant de plus en plus probable l'insertion de clauses abusives dans des contrats de consommation, de travail, etc. La prolifération des contrats dits d'adhésion⁴ met en question l'efficacité des mécanismes juridiques contemporains visant à empêcher de tels abus. Le présent mémoire s'efforce donc d'étudier les approches employées par deux entités supranationales d'importance économique similaire pour protéger les parties faibles au contrat international. L'objectif est donc d'évaluer l'efficacité de ces mesures protectrices dans un monde où les échanges se multiplient et les relations contractuelles où une partie est dans une position d'infériorité socioéconomique sont de plus en plus fréquentes.

3. Le contrat comme expression de la volonté des parties. La plupart des systèmes juridiques occidentaux ont pendant longtemps conceptualisé le contrat comme étant l'émanation de la volonté des parties, qui sont libres et sur un pied d'égalité. Ainsi le contrat ne peut être conclu que si les deux parties le veulent, et ne peut être que bénéfique à leurs

¹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 332.

² *Ibid.*

³ Par exemple, l'article 1171 du Code Civil en France qui a fait l'objet d'une réforme le 10 février 2016 par ordonnance, par la suite ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

⁴ Ce terme désigne un contrat dont les clauses ont été fixées unilatéralement par une des deux parties, aucune négociation n'est possible, et l'autre partie doit s'y conformer. On retrouve ce type de contrat dans les relations de consommation par exemple.

intérêts. Ce postulat est parfaitement illustré par l'adage de Fouillée : « Qui dit contractuel dit juste »⁵. Pourtant, dans certains contrats, un fossé est aujourd'hui observable entre l'égalité présumée des contractants et leur égalité réelle⁶. Ainsi l'une des deux parties est qualifiée de partie faible.

4. Définition du faible. Le terme « faible » vient du latin *flebilis*, et désigne une condition caractérisée selon Frédérique Boulevard par le risque d'être blessé : « [Sa vulnérabilité] se présente à la fois comme un danger éventuel, plus ou moins prévisible, et une issue fatale, le premier prenant naissance dans les rapports qu'entretiennent les hommes entre eux, la seconde étant l'expression de la nature humaine⁷ ». Jean-Pascal Chazal définit le faible comme

« celui qui peut être blessé, au sens physique du terme, mais aussi au sens imagé, c'est-à-dire celui qui est susceptible d'être victime d'une atteinte portée à son patrimoine, à ses biens, à intérêts [...] l'être vulnérable n'est pas tant l'être blessé, que celui qui peut l'être en raison de sa faiblesse. L'idée d'une potentielle lésion est ici privilégiée⁸ ».

La notion de faible est à lier à celle de personne vulnérable, qui a fait l'objet de nombreuses études par la doctrine⁹.

5. Les circonstances menant à une position de faiblesse. Cette condition de faiblesse, ce risque de voir se réaliser une atteinte aux intérêts de la personne affaiblie, peut apparaître dans plusieurs situations. Selon le professeur Pocar, ces situations ne sont pas nécessairement liées à l'existence d'une relation contractuelle avec un autre individu. Il note :

« Tout ordre juridique dispose, dans son droit matériel, de règles concernant des situations se caractérisant par le besoin de protection d'un sujet et appropriées aux exigences découlant de telles situations. Mais il n'est pas du tout incontestable que le besoin de protection trouve sa raison d'être dans la condition de faiblesse d'un sujet par rapport à un autre sujet qui pourrait en profiter à son détriment, et que par conséquent les règles qui en tiennent compte obéissent à la nécessité ou à l'opportunité d'éliminer ou de réduire le déséquilibre causé par une telle condition de faiblesse¹⁰ ».

Il convient dès lors de différencier les situations où un individu est qualifié de faible dans le cadre d'une relation juridique spécifique avec un co-contractant de celles où l'individu est protégé en raison d'une situation permanente ou quasi permanente de faiblesse par rapport à l'ensemble des individus ressortissant d'un même ordre juridique¹¹.

6. Les différents types de parties faibles. Les mineurs, les majeurs sous tutelle ou curatelle et les incapables rentrent dans cette seconde catégorie d'individus considérés comme faibles. Ils sont sujets à un cadre juridique spécifique ayant pour objectif de les

⁵ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1885, p. 410.

⁶ S. LE GAC PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, p. 304 : « Les entorses à la détermination du consentement et les manifestations contraires à son efficacité établissent l'insuffisance de la volonté à garantir l'équilibre des engagements réciproques. L'autonomie de la volonté ne remplit plus son rôle » ; l'auteur ajoute que sacraliser l'autonomie de la volonté ainsi, « c'est oublier que l'égalité n'est que juridique ».

⁷ F. FIECHTER-BOULVARD, *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*, article inédit, p. 14.

⁸ J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », *Colloque sur la vulnérabilité et le droit*, université Pierre Mendès-France, Grenoble II, 23 mars 2000, p. 1.

⁹ Pour approfondir le lien entre la caractérisation de la faiblesse et la vulnérabilité, voir *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, L. DUTHEIL-WAROLIN, thèse, université de Limoges, 2004.

¹⁰ F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 188, p. 350.

¹¹ F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », préc., p. 349.

protéger en raison de leur faiblesse mais, selon le professeur Pocar, « il s'agit plutôt d'une exigence de protection qui surgit à l'égard de la collectivité dans son ensemble ou à l'égard d'un groupe restreint de personnes, mais qui ne dépend pas d'une relation juridique entre parties¹² ». Le groupe qui intéresse le présent mémoire est donc le premier : les « faibles » qui se voient qualifiés ainsi à raison de leur qualité de cocontractant. Ces parties faibles font l'objet d'une exigence de protection plus ponctuelle ayant pour objectif de limiter les conséquences d'un potentiel déséquilibre dans les relations contractuelles.

7. Différenciation entre protection des parties faibles et règles de droit favorisant une partie. De surcroît, toutes les règles de droit qui protègent une partie au contrat ne trouvent pas leurs origines dans la faiblesse de cette dernière, et ne rentrent pas par conséquent dans le champ d'étude de ce mémoire. Il existe des situations où une partie est favorisée et se voit octroyer plus de droits par la loi sans pour autant être faible¹³. Par exemple, dans les relations de *tort law* aux États-Unis d'Amérique et dans les pays suivant la tradition de *common law* en général, la partie lésée par l'action ou la négligence de l'autre se voit garantie des droits qu'elle peut exiger de l'autre partie, et une protection juridique importante dans certaines circonstances. Dans cette situation, la protection accordée n'est pas liée à l'existence d'une faiblesse de la partie initialement lésée, mais est bien due à la nécessité de réparer le dommage causé et de faire peser sur la partie l'ayant causé les conséquences de son action ou inaction. Ainsi, il n'existe pas nécessairement une faiblesse de la partie qui est protégée : une grande entreprise comme Murray Energy accusant un journaliste de propos diffamatoires sera protégée par la loi si la diffamation est prouvée malgré sa position socioéconomique de force.

Dès lors, il ne subsiste que les relations juridiques qui sont caractérisées par l'existence d'une disparité dans le pouvoir de négociation entre les parties, où la condition de faiblesse est directement liée à cette relation, et ce sont les parties considérées comme faibles dans ce contexte qui sont l'objet de ce mémoire.

8. Les parties faibles dans la pratique. Dans ces relations, une des deux parties ne peut veiller à la garantie de ses intérêts en raison d'un manque de pouvoir de négociation, et celui qui est en position de force peut exploiter la situation à son avantage, brisant l'égalité entre les parties jusqu'à lors présumée. La condition de faible peut donc être caractérisée dans de nombreuses relations : celles entre un employeur et son employé, un bailleur et son locataire, une entreprise de vente multinationale et un de ses consommateurs... Ce qui caractérise cette condition, d'un point de vue fondamental, est la différence des positions économiques et sociales dans lesquelles se trouvent les parties. Elle se traduit souvent par un état d'ignorance ou de besoin d'une partie envers l'autre, par une situation d'infériorité structurelle, par une situation où l'exécution du contrat crée une vulnérabilité pour la partie faible¹⁴.

9. La faiblesse des professionnels. La faiblesse n'est toutefois pas limitée à des situations où un particulier est en relation avec un professionnel, même s'il est traditionnel de considérer que les professionnels disposent des moyens nécessaires pour défendre leurs intérêts de manière efficace¹⁵. Certains juristes de la doctrine du droit économique contestent

¹² F. POCAR, « La protection de la partie faible en droit international privé », préc., p. 351.

¹³ *Ibid.*, p. 352.

¹⁴ G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p. 143.

¹⁵ G. VIRASSAMY, « Les relations entre professionnels en droit français », in M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, préc., p. 479-511.

cette idée en considérant que l'indépendance juridique sous-entendue dans les rapports entre professionnels n'empêche pas nécessairement l'existence d'une subordination économique¹⁶. La caractérisation de la condition de partie faible d'un professionnel peut être vérifiée dans certains contrats, notamment les contrats de distribution¹⁷. Farjat a ainsi développé la notion de « pouvoirs privés économiques » : des personnes privées qui, au cours de négociations avec des particuliers ou des professionnels disposent d'un pouvoir de « décision unilatéral analogue sur le plan matériel à celui de la puissance publique¹⁸ ». Ainsi, y compris dans leurs relations avec d'autres professionnels, ces pouvoirs privés économiques se trouvent dans une position de force, créant une partie faible professionnelle. Cette vision se retrouve en partie dans le droit positif : l'article L. 420-2 du Code de Commerce, par exemple, ne fait pas de différence entre particulier et professionnel et prohibe « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ».

La question de la possibilité d'identifier des catégories de parties faibles ou de ne pas considérer une catégorie de personnes physiques ou morales comme pouvant être faibles ne fait pas l'unanimité. C'est pourquoi le concept principalement doctrinal de partie faible a fait l'objet de transpositions variées en droit positif. Ainsi, et nous reviendrons sur ce sujet dans des développements ultérieurs, tandis que l'UE a identifié certains groupes comme des parties réputées comme faibles, aux États-Unis, la notion de partie faible est beaucoup plus large et sa caractérisation est souvent laissée à l'appréciation du juge.

10. La prise en compte des inégalités socioéconomiques. Les inégalités d'ordre socioéconomique à l'origine de la caractérisation d'une partie faible sont difficiles à prendre en compte d'un point de vue juridique, où tous sont réputés être libres et égaux. Le professeur Jean-Pascal Chazal note que :

« Les principes qui ont présidé à l'élaboration du Code civil, et auparavant du droit intermédiaire, sont un mélange à la fois de candeur et d'artifice, en ce qu'ils sous-estiment les inégalités de fait. [...] le droit positif, tel qu'issu de la Révolution, a été conçu comme si tous les individus appartenant à la société étaient égaux. Ce postulat est révélateur d'une conception très abstraite des normes juridiques, ainsi que d'une confusion entre l'égalité des droits et l'égalité des faits¹⁹ ».

Ce manque de prise en compte de la réalité socioéconomique est, selon certains auteurs, à l'origine de l'existence d'un potentiel danger pour la partie faible dans une relation contractuelle.

11. L'autonomie de la volonté en droit international. En effet, dans de nombreux pays, le cadre de réglementation des contrats s'est construit autour du principe d'autonomie de la volonté. Ce principe, selon la professeure Mohammed Salah est accompagné d'une « indifférence traditionnelle aux considérations liées à la faiblesse de l'une des parties au contrat²⁰ ». Le principe d'autonomie de la volonté est fondamentalement lié à une conception

¹⁶ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004.

¹⁷ B. DUBUISSON et G. TOSSENS, « Les relations entre professionnels en droit belge », in M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 429.

¹⁸ G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », in C. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et contrats internationaux à la fin du 20 siècle. À propos de trente ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.

¹⁹ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, université Pierre Mendès-France, Grenoble II, 1996, p. 38.

²⁰ M. SALAH, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 315, p. 153.

individualiste du droit des contrats²¹. Les droits et obligations qu'elles acceptent en contractant avec l'autre partie tirent leur force obligatoire de la volonté commune de se soumettre à ces droits et obligations.

12. Limiter l'autonomie de la volonté. En droit interne, les États peuvent créer des limites à cette autonomie de la volonté. L'État français le fait au travers du Code civil, par exemple à ses articles 6 (« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ») et 1102 (« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »). L'autonomie de la volonté est donc loin d'être toute puissante. De surcroît, certaines dispositions du Code civil font plus que simplement demander le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et encadrent la négociation, la rédaction, la signature et le contenu des clauses d'un contrat. Ces dispositions peuvent venir combler les différences socioéconomiques créant la condition de faible. Par exemple l'article 1112-1²² vise à équilibrer l'asymétrie de l'expertise des parties dans un domaine précis. Des mesures peuvent avoir une portée plus large en protégeant les parties qui sont en situation de dépendance, comme le fait l'article 1143 du Code Civil²³. Ainsi le contenu même du contrat doit obéir à certaines règles qui préviennent le risque d'atteinte aux intérêts de la partie faible.

Cette limite à l'autonomie de la volonté se justifie dans l'ordre interne, selon la professeure Mohammed Salah, par la « relation étroite entre les catégories d'État, d'individu et de loi et le développement des échanges économiques²⁴ ». L'État est légitime pour prendre ces mesures limitant l'autonomie de la volonté car il est chargé à la fois de favoriser l'économie en garantissant la liberté des parties et de protéger ses citoyens.

13. L'impossibilité de limiter l'autonomie de la volonté de cette manière en droit international. En revanche, en droit international privé, il n'existe pas à ce jour de structure internationale capable de réguler un contrat international dans son contenu. C'est en raison de la nécessité de rattacher un contrat à un ordre juridique dans des situations dépourvues

²¹ Les origines de la théorie de l'autonomie de la volonté peuvent être retracées jusqu'au XVII^e siècle. Grotius et Hobbes considéraient que l'Homme est libre par nature et donc que les relations sociales, par conséquent les contrats, ne peuvent qu'être le fruit de la volonté des acteurs de contracter. À cette vision se rajoute celle de Domat et Pothier qui théorisent une obligation morale de remplir les obligations auxquels un membre de la société aurait librement consenti. Cette vision est reprise par Kant qui développe la thèse volontariste et soutient que toute obligation juridique découle de l'autonomie de la volonté. Cette vision est reprise par Fouillée avec sa formule « qui dit contractuel dit juste ».

²² Cet article vise à prévenir l'asymétrie dans l'information entre les parties : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

²³ L'article 1143 du Code civil protège de manière large la partie faible de l'abus de dépendance en l'assimilant à la violence : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». De même, l'article 1190 du Code civil impose une interprétation du contrat vague en faveur de la partie faible : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». Voir, pour une liste des articles protégeant la partie faible en droit français, F. MAUME, « Réforme du droit des contrats et protection de la partie faible », *Le Petit juriste*, 17 février 2016, [<https://www.lepetitjuriste.fr/reforme-du-droit-des-contrats-et-protection-de-la-partie-faible/>].

²⁴ M. SALAH, préc., p. 155.

d'indices de rattachement objectifs que l'autonomie de la volonté a pris une place plus importante en droit international privé que dans la plupart des droits nationaux. Selon la professeure Mohammed Salah, cette transmission du pouvoir de choix de la loi applicable a contribué à la création d'un modèle juridique fondé sur la volonté souveraine de l'individu²⁵. Cela semble en effet logique : si l'on admet que c'est la volonté de contracter des parties qui est à l'origine de la force obligatoire du contrat, des droits et obligations qu'il contient, il est tout à fait possible que cette dernière puisse aussi déterminer quel assortiment législatif s'appliquera au contrat international et encadrera l'expression de cette volonté.

14. Théorisation du contrat en droit international. La théorie subjectiviste suppose que cette liberté de choix de la loi applicable au contrat international s'appliquera aussi aux normes dites impératives, et cette loi sera incorporée au contrat²⁶, mais le sera avec pour objectif de le compléter et non de le régir. En allant jusqu'au bout de cette conception de l'autonomie de la volonté, un contrat pourrait tout à fait être dépourvu de loi étatique si les parties s'accordent pour s'en affranchir. Cette théorie fut en partie admise dans la jurisprudence de certains États comme la France avec l'arrêt *American Trading Company* de la Cour de Cassation de 1910²⁷. Toutefois, cette vision fut tempérée au cours du xx^e siècle par la théorie objectiviste, portée en France par Battifol²⁸. L'arrêt *Messageries maritimes* de la Cour de Cassation de 1950²⁹ rejette la théorie de l'incorporation, à la suite des vives critiques de la vision subjectiviste.

Pourtant, en droit positif, cette vision demeure importante dans certains systèmes juridiques. J.-M. Jacquet notait par exemple que, « lorsque les parties désignaient expressément la loi du contrat, la jurisprudence s'est toujours efforcée, semble-t-il, quelles que soient les expressions employées de donner effet à leur volonté³⁰ ». Cette logique est à l'origine du système anglo-saxon de résolution des conflits de lois³¹ et se retrouve encore aujourd'hui de l'autre côté de l'Atlantique, dans des arrêts récents tel que *Nexen Inc. v. Gulf Interstate Engineering Company*³² ou *Capitol One Bank v. Fort*³³. Ainsi, en droit international privé, l'autonomie de la volonté des parties se voit accorder une plus grande place qu'en droit interne. Selon le professeur Salah, cette importance se traduit par « la faiblesse des restrictions généralement posées par les législateurs de droit international privé à l'exercice même du choix de la loi applicable au contrat³⁴ ».

²⁵ M. SALAH, préc., p. 154.

²⁶ J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 12^e année, 1993-1995, p. 23-47, [https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1996_num_12_1993_1043].

²⁷ Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1910, *American Trading Company*, voir B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2006, arrêt n° 11.

²⁸ Voir H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme en droit international privé des contrats », in *Mélanges Maury*, Paris, Dalloz/Sirey, 1960, vol. 1, p. 39 et suiv., [<http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/MEL-MAURY.pdf>].

²⁹ Cass. Com., 21 juin 1950, *arrêt dit des Messageries Maritimes*, voir B. ANCEL et Y. Lequette, préc., arrêt n° 22.

³⁰ Voir J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, p.40.

³¹ M. REIMANN, « Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century », *Virginia Journal of International Law*, vol.39, 1999, p.575.

³² Court of Appeals of Texas, First District, 30 novembre 2006, *Nexen Inc. v. Gulf Interstate Engineering Co.*, n° 01-04-01223-CV.

³³ Court of Appeals of Oregon, 13 avril 2011, *Capitol One Bank v. Fort*, n° C074503CV.

³⁴ M. SALAH, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 315, p. 162.

15. Justification de l'utilisation de l'autonomie de la volonté. Ce recours prononcé à l'autonomie de la volonté se justifie selon Battifol car elle est « le procédé le plus approprié à la multiplication et à l'utilité des relations privées³⁵ ». En effet, la problématique majeure du commerce international est celle de la prévisibilité et la sécurité juridique : savoir quelle règle de droit sera appliquée face à la multitude des ordres juridiques intéressés par un litige. Ce principe de la loi d'autonomie est donc censé répondre au mieux aux besoins du commerce international, en favorisant les échanges par la création d'une sécurité juridique dépendante de la volonté des parties. Cependant, si cette place plus importante donnée à l'autonomie de la volonté a des avantages, elle exacerbe aussi certains défauts de la liberté contractuelle, notamment l'abus de position d'une partie forte face à une partie faible. L'autonomie de la volonté a pour effet de permettre à la partie forte de contraindre la partie faible à agréer au choix d'une loi qui lui sera défavorable, à la compétence d'un *forum* lointain, au recours à un arbitre dont les coûts sont élevés.

16. Le risque d'abus par la partie ayant un pouvoir de négociation plus important. Cette possibilité d'imposer à une partie une loi ou un *forum* pour traiter le litige exacerbe le risque d'une atteinte aux intérêts de la partie faible. En effet, la partie forte peut, par la clause de choix de loi, de choix de juridiction ou d'arbitrage, contourner les systèmes de protection qui ont été mis en place au niveau national dans certains États³⁶. En effet, il est possible de noter que :

« *Large companies have the power to craft agreements and transactions in their favor through the use of form contracts, often called contracts of adhesion. With the rise of the doctrine of unconscionability, courts began to strike shockingly unfair terms out of form contracts. Large companies, however, can avoid this result by using choice-of-law and choice-of-forum clauses*³⁷ ».

Le constat que dresse l'auteur est que les grandes entreprises, qui sont donc considérées dans cet article comme des parties fortes, peuvent effectivement prévenir la mise en œuvre de la doctrine de l'*unconscionability*³⁸ aux États-Unis en choisissant une autre loi ou un autre *forum* pour traiter des litiges émanant du contrat. Ce constat peut être étendu au-delà des États-Unis car, si tous les pays ne reconnaissent pas la doctrine de l'*unconscionability*, nombre d'entre eux ont mis en place des règles de droit visant les mêmes objectifs au niveau interne et font face à la même problématique. Par ailleurs, certaines clauses du contrat international peuvent mener à la perte de la possibilité d'intenter une action en justice. Ce sont donc ces clauses créant un danger accru pour la partie faible au contrat international que le présent mémoire étudie.

17. Les clauses pouvant créer un risque pour les parties faibles. Il existe trois clauses qui peuvent générer ce risque : la clause de choix de loi, la clause d'élection de for et la clause compromissoire. La clause de choix de loi est une clause contractuelle permettant aux parties de déterminer la loi qui régira tout ou une partie du contrat. Elle peut mener à l'application

³⁵ H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., p. 140.

³⁶ Le nom donné à cette pratique est le *forum shopping*, très utilisée aux États-Unis en raison de la doctrine de *forum non conveniens* sur laquelle nous reviendrons plus tard. Cette pratique consiste pour une partie à chercher à faire entendre l'affaire devant une Cour qui lui sera plus favorable en raison de l'inapplicabilité des systèmes de protection de l'État où, par exemple, le consommateur réside au moment de l'achat.

³⁷ J. CAMAROTE, « The Need to Apply Unconscionability Directly to Choice-Of-Law Clauses », *Seton Law Review*, vol. 39, 2009, p. 1.

³⁸ Voir *infra*, Première partie, Chapitre I, Section I, pour une explication détaillée de cette doctrine.

d'une loi inconnue de la partie faible ou d'une loi défavorable car dépourvue de normes encadrant ce type de contrat.

La clause d'élection de for permet aux parties de donner compétence à la juridiction convenue pour traiter d'un litige. Elle peut se montrer plus préjudiciable à la partie faible que la clause de choix de loi, dans la mesure où elle permet d'éviter certaines dispositions impératives d'une loi pertinente. Elle peut ôter la possibilité pour la partie faible de saisir la justice en choisissant un *forum* lointain ou de la limiter par l'élection d'un for avec des règles procédurales particulières.

Enfin, la clause compromissoire est un accord entre les parties pour ne pas soumettre le litige à une juridiction étatique mais devant la justice privée : l'arbitre. La problématique majeure de l'arbitrage est que les règles de procédure peuvent être extrêmement désavantageuses pour la partie faible au contrat, en imposant des frais importants non seulement pour le conseil juridique, mais aussi le coût initial de l'ouverture d'un dossier devant l'arbitre³⁹.

Il existe donc un danger accru pour les parties faibles à un contrat international contenant ces clauses, dans la mesure où elles peuvent porter plus profondément atteinte aux intérêts de la partie faible que les clauses tenant au fond du contrat, qui restent soumises aux différentes dispositions internes mises en place par les États pour encadrer les relations contractuelles. Dans ces situations internationales, la partie forte peut forcer la partie faible à être dépourvue de certaines voire de toutes les mesures protectrices mises en place par la loi à laquelle la partie faible peut légitimement s'attendre pour régir le contrat. En effet, il semble logique que les contrats internationaux, lorsqu'ils impliquent une partie faible et rentrent dans la sphère sociale d'un État ayant édicté des normes protectrices, doivent être soumis à ces normes protectrices. Pour déterminer si un contrat se rattache ainsi à un État, plusieurs éléments sont à considérer : la résidence habituelle de la partie faible et de l'autre partie, le lieu d'exécution du contrat, voire même les conséquences du contrat en lui-même sur l'État en question.

18. Recourir aux lois de police. Certes, certains États règlent ces questions par l'utilisation des lois de police ou développent leurs propres règles de droit international. Toutefois cela mène à un retour à l'incertitude de la loi applicable au contrat et à des conflits de lois et de juridictions. C'est pour cela qu'il est intéressant de voir quelles mesures sont mises en place par certains États pour traiter cette question en collaboration avec leurs voisins. Pour qu'une situation de faiblesse relève de ces normes de droit international privé, il faut qu'elle soit liée à un contrat international, et l'identification d'un contrat international est un point que nous devons ici clarifier.

Effectivement, définir le contrat international n'est pas chose aisée : les principes *Unidroit* de 2016⁴⁰, par exemple, ne définissent pas ce concept et il existe plusieurs théories sur ce qui caractérise un contrat international. Il serait possible d'approcher le sujet de

³⁹ Une étude de la *Chartered Institute of Arbitrators* de 2011 a trouvé qu'en moyenne, pour les demandeurs et les défendeurs, l'arbitrage coûtait 2 millions d'euros en frais d'avocats et de conseil et en frais administratifs versés au tribunal arbitral. Malgré ces frais importants, l'arbitrage demeure considéré comme plus économique que la justice normale aux États-Unis en raison des frais de conseil importants devant le juge étatique et l'arbitre. De plus, les procédures sont longues et les recours peuvent créer des frais rivalisant avec ceux que l'on retrouve devant l'arbitre.

⁴⁰ [<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>].

manière très large, comme le fait le règlement Rome I qui admet la possibilité pour les parties de rendre international un contrat qui est pourtant purement interne⁴¹. Ainsi tout contrat serait international à partir du moment où les parties, ou bien au moins la partie forte, le désirent. Néanmoins, cette vision est loin de faire l'unanimité et ne permet pas d'échapper complètement à la loi de l'État des parties.

En revanche, la question de savoir si la validité de la clause peut être remise en cause, selon quelle loi, à quel moment de la procédure, est plus épineuse lorsque le contrat s'étend au-delà d'un seul l'ordre juridique national. Ainsi il convient d'étudier ce qui constitue une extension au-delà d'un ordre juridique.

19. Définition du contrat international. La première possibilité pour définir l'internationalité du contrat est l'approche purement juridique, définie par Battifol en ces termes : « Quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou à leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique⁴² ». Un excellent exemple d'une situation où le critère juridique serait vérifié est donné par Jacquet : « Le contrat conclu à Paris entre un Français résidant en France et un Belge résidant en Belgique impliquant la livraison d'une machine en Italie et un paiement en France peut être tenu pour international car il présente des liens avec trois pays et donc trois systèmes juridiques⁴³ ». Ainsi, si l'on regarde le critère juridique d'internationalité du contrat, il faut que ce dernier présente des liens avec plusieurs systèmes juridiques, et donc que différentes lois puissent s'appliquer à ce contrat. Les éléments d'extranéité à chercher sont notamment le lieu de conclusion du contrat, le lieu d'exécution de la prestation principale du contrat, la nationalité des parties. Cependant, dans cette conception du contrat international, il peut être compliqué de déterminer objectivement à quel ordre juridique le contrat se rattache, notamment à l'ère d'Internet, et donc quelle loi appliquer. Certains auteurs consacrent l'importance de la nationalité⁴⁴, tandis qu'à l'inverse, d'autres auteurs tel le professeur Mayer rejettent l'importance de la nationalité et du lieu d'exécution du contrat⁴⁵.

La seconde approche se concentre sur une conception économique du contrat. Cette approche est définie par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mai 1927, dit jurisprudence *Matter*⁴⁶. La jurisprudence de cet arrêt a donné lieu à une reconnaissance du contrat international dès lors qu'il produit un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières⁴⁷. Ainsi, dans cette conception de l'internationalité, il faut qu'une marchandise, s'il y en a une, passe une frontière, qu'une valeur soit échangée au-delà

⁴¹ Cette possibilité se trouve à l'article 3, § 3, du règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE* n° L 177, 2008, p. 6 : « 3. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Il est important de noter que, si le règlement admet cette possibilité, il prive de toute efficacité cette opération en conservant l'application des règles de droit impératives de l'ordre juridique où sont localisés tous les éléments de rattachement. Cette internationalisation est dès lors limitée.

⁴² H. BATTIFOL, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit international*, n° 9, Paris, Dalloz, « Encyclopédie Dalloz », 1968, p. 564.

⁴³ J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 5.

⁴⁴ P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, p. 3.

⁴⁵ P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977, n° 679.

⁴⁶ Cass. Civ., 17 mai 1927, *Pelissier du Besset*, *Bull. civ.*, n° 77 p. 163.

⁴⁷ Cette formulation de la portée de la jurisprudence *Matter* se retrouve dans l'arrêt Cass. com., 27 avril 1964, *Bull.*, n° 375 p. 317.

de la frontière. En somme, il faut que le contrat soit lié à une opération économique qui dépasse le cadre interne d'un État pour que le contrat soit international. La Cour de cassation a élaboré un autre critère lié à l'approche économique du contrat : la mise en jeu des intérêts du commerce international. En effet, dans un arrêt du 7 octobre 1980⁴⁸, la Cour a analysé si le litige lié au contrat engage les intérêts du commerce international. Cela signifie que le contrat est international s'il a des conséquences sur des échanges internationaux de biens ou de services ou s'il intervient dans une relation ayant un caractère international. Une critique importante de cette approche est qu'elle est considérée comme moins précise, ce qui a mené à l'utilisation dans de nombreux ordres juridiques de la vision juridique : un contrat est international lorsqu'il y a conflit de loi⁴⁹.

20. Définition alternative adaptée aux parties faibles. Enfin, pour une partie de la doctrine, ces deux approches ne sont pas adaptées pour traiter des parties faibles. En effet, certains juristes considèrent que l'internationalité d'un contrat peut être évaluée par degré et que, pour les contrats à partie faible, ni le critère économique ni le critère juridique ne permettent de qualifier adéquatement l'internationalité. Selon le professeur Leclerc, les contrats internationaux incluant une partie faible, « à la différence des contrats commerciaux, s'intègrent dans la sphère sociale de l'État ayant édicté la législation protectrice et ce, nonobstant les éléments d'extranéité qu'ils comportent⁵⁰ ». Toutefois cette vision de l'internationalité du contrat n'est pas convaincante dans la mesure où elle implique une opposition entre l'internationalité du contrat et l'existence de mesures protectrices. Ainsi ce raisonnement mène à la création d'une obligation négative additionnelle à l'existence d'un contrat international : l'absence de règles impératives s'appliquant au litige.

Ces approches étant chacune critiquées pour une partie de la doctrine, le présent mémoire retient l'approche la plus large, permettant de traiter toutes les situations où une partie faible pourrait subir une atteinte à ses intérêts, c'est-à-dire l'approche économique. Adopter cette approche est par ailleurs nécessaire car c'est celle qui caractérise l'internationalité de l'arbitrage. Les clauses compromissaires faisant partie de l'objet d'étude du présent mémoire, la définition du contrat international retenue doit prendre en compte la possibilité du recours à l'arbitre international.

21. La difficulté de traiter ces questions dans l'ordre interne. Dans le cadre d'un contrat international à présent défini, le rattachement à plusieurs ordres juridiques rend la question de la partie faible difficile à traiter au niveau interne. En effet, dans un modèle hypothétique dépourvu de communication et de coordination entre les ordres juridiques, certaines problématiques peuvent apparaître. Par exemple, la question de l'exécution d'un contrat lorsque l'ordre juridique ayant rendu la décision accepte la possibilité d'établir une clause de choix de loi pour ce type de contrat et que l'ordre juridique d'exécution la refuse. Cela mène à une certaine incertitude quant à la validité de ces clauses, l'identification de la loi applicable, la compétence des juridictions. Cette incertitude est de nature à encore plus favoriser une partie forte, dotée des moyens nécessaires pour engager du personnel juridique suffisant pour répondre à ces questions, alors que la partie faible risque de ne pas avoir une préparation adéquate.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1980, *Tardieu*, n° 79-13990.

⁴⁹ Voir, par exemple, le règlement Rome I, art. 1^{er}, § 1.

⁵⁰ F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, § 213, thèse soutenue en 1980 à l'Université Strasbourg III.

L'incertitude est renforcée dans l'hypothèse où chaque État édicte ses propres mesures traitant de la légalité des clauses de choix de loi, d'élection de *for*, des clauses compromissaires. Dans cette situation, le retour à l'unilatéralisme et à l'utilisation des lois de police est inévitable⁵¹. La doctrine et les législateurs ont rapidement réalisé les problématiques soulevées par une telle situation, notamment la limite à la potentielle croissance des échanges internationaux. En 1980, le « premier instrument juridique universel destiné à régir le contrat le plus courant des relations économiques internationales⁵² » est signé : la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁵³ (CVIM). Ce texte est le résultat de nombreuses années de travail ayant commencé avant la guerre sous le nom de projet de Rome⁵⁴. Toutefois, ce qui a poussé la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à élaborer ce texte fut le succès limité de Convention de La Haye de 1955⁵⁵ portant sur ce sujet⁵⁶.

Malgré cette longue période de préparation, nourrie des succès et des échecs de projets similaires, cette convention réduit intentionnellement son champ d'application pour éviter de pouvoir être utilisée dans des situations où des parties faibles pourraient être impliquées. En effet, l'article 2 de la Convention précise qu'elle ne s'applique pas aux marchandises « achetées pour un usage personnel, familial ou domestique⁵⁷ », et l'article 3 exclut de son champ d'application les « contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ». Par ces dispositions la Convention ne s'applique pas à des contrats où la faiblesse de l'une des parties pourrait facilement être caractérisée, tels les contrats de consommation et les contrats de travail. Un autre point à prendre en compte est le fait qu'une partie importante des conventions traitant du commerce international se concentrent sur une question particulière de ce domaine, notamment le transport de marchandises⁵⁸.

⁵¹ En l'absence de coopération entre les États ou de texte supranational permettant de créer des règles uniformes pour régler la question des conflits de loi, de juridiction et le sort des clauses compromissaires, chaque ordre juridique a son propre système en place et le juge de cet État ne pourra pas se prononcer sur la compétence d'un ordre juridique autre que le sien en raison de la souveraineté des États.

⁵² Ph. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC*, vol. 33, 1981, p. 951, [https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_4_3228].

⁵³ Cette Convention est plus connue sous le nom de CVIM et compte 93 États après être entrée en vigueur en 1988, ce qui en fait un des instruments les plus importants du droit du commerce international.

⁵⁴ Ph. KAHN, préc., p. 951-952.

⁵⁵ La Convention ne compte à ce jour que 8 États l'ayant ratifiée, dont la France.

⁵⁶ Ph. KAHN, préc., p. 951-953.

⁵⁷ Il convient de noter ici que la Convention peut trouver à s'appliquer dans ces situations, comme le prévoit la suite de l'article 2, si « le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ». La possibilité d'appliquer Cette convention à des contrats de consommation ou des contrats comportant une partie faible reste relativement faible, ce texte s'appliquant principalement aux relations entre professionnels.

⁵⁸ Nous pouvons citer les règles de La Haye de 1924, premières règles traitant de la responsabilité des transporteurs en cas de perte ou de vol de marchandise ; les règles de Hambourg de 1978 qui sont une révision des règles de la Haye de 1924 ; les règles de Rotterdam adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies en 2008 ; la Convention relative au contrat de transport de marchandise par route signée en 1956 ; la convention UNCLOS, entrée en vigueur en 1994 et traitant en général des zones maritimes et des règles applicable aux océans ; la Convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien ; la Convention de Montréal du 28 mai 1999 adaptant aux systèmes de transport aérien contemporain les règles de la Convention de Varsovie.

22. Les parties faibles : un sujet peu traité. La question des parties faibles n'a donc pas été au centre de la réflexion de la doctrine et des organes législatifs dès l'essor du commerce international. L'objet d'étude étant la régulation des contrats du commerce international en général, la question plus spécifique de la protection des parties faibles est restée marginale. Toutefois, l'essor économique qu'a connu le monde occidental depuis une cinquantaine d'années a aussi mené à une implication grandissante des individus dans le commerce international, en tant qu'employés et consommateurs, par exemple. La doctrine a réalisé que ces individus disposaient d'un pouvoir de négociation inférieur caractérisant une position de faiblesse dans leurs rapports contractuels avec des entreprises internationales, ce qui a mené à une prolifération de l'étude de ces situations et des systèmes de protection mis en place⁵⁹. Les auteurs se concentrent souvent sur un type spécifique de contrat impliquant une partie faible afin de déterminer comment il est possible de limiter le risque aux intérêts de la partie faible⁶⁰. Cette approche, si elle permet une étude approfondie de ces contrats, ne permet toutefois pas d'étudier les systèmes de protection dans leur ensemble, notamment les situations où ils ne prévoient pas de mesure de protection. Le but de ce mémoire est donc d'analyser les mécanismes de la mise en œuvre de la protection des parties faibles au contrat international en général et non de se concentrer sur un type spécifique de contrat.

23. Absence de cadre réglementaire protégeant les parties faibles. Malgré cette prolifération d'études théoriques⁶¹, il n'existe pas de texte universel visant à établir un cadre réglementaire pour les parties faibles, ni même une définition juridique universellement reconnue de ce concept. Il est donc intéressant d'étudier ce qui existe à l'heure actuelle pour la protection internationale des parties faibles au-delà de leur protection par des lois de police et des mesures nationales. Pour ce faire, il est nécessaire de se tourner vers les mesures de protection à échelle régionale ayant été mises en place par certains groupes d'États, afin de pouvoir s'inspirer de ces dernières, apprendre de leurs failles et de leurs réussites, dans le but de proposer des modifications du droit positif pour protéger de manière plus efficace et large les parties faibles.

24. Comparaison entre États-Unis et Union européenne. Les deux groupements d'États sur lesquels porte le présent mémoire sont les États-Unis (EU) et l'Union européenne

⁵⁹ La professeure Salah cite ces différents auteurs qui ont concentré leurs travaux sur la question de la partie faible dans le contrat international : F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, préc. ; P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. GHESTIN et M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports conflictuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 513-552. La professeure note que, plus récemment, des auteurs se concentrent sur certains types de contrats comme : E. MOREAU, *Loi de police et contrat international de travail*, thèse, Paris X, 1993 ; P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*. Étude en droit international privé français, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », t. 230, 1993. D'autres s'intéressent plus aux contrats de consommation, tel A.-C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection des consommateurs et contrats internationaux*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1981 ; M. FALLON, *Le droit des rapports internationaux de consommation*, JDI, 1984, p. 740 ; F. OSMAN, *La loi applicable aux contrats transfrontières de crédit à la consommation*, Dr. et prat. com. intern., 1998, p. 275.

⁶⁰ Ce que note la professeure Salah dans son cours faisant partie des Recueils de l'académie de La Haye précité : « Le thème peut même paraître "sur-fréquenté" si l'on prend en compte les études portant plus spécifiquement sur tel ou tel type de contrat impliquant une partie faible, comme le contrat de travail ou les contrats de consommation », p. 151. Il est intéressant de voir que ces articles se concentrent d'ailleurs sur des contrats qui ont été identifiés par le droit de l'Union européenne comme des contrats avec des parties présumées faibles. Nous reviendrons sur cette question dans des développements ultérieurs.

⁶¹ *Supra*, note 20, SALAH, p. 151.

(UE). Tout d'abord, l'UE et les EU sont similaires au regard de leur importance économique⁶², sont composés d'États fédérés ou d'États membres développés mais qui sont marqués par des disparités économiques et juridiques entre eux⁶³. De plus, ces deux entités ont eu à traiter de la question de la protection des parties faibles. En effet, le gouvernement fédéral étasunien et l'UE sont compétents pour mettre en place des mesures relatives au droit international privé et plus spécifiquement les échanges entre les États qui les composent sur leurs territoires respectifs.

Le gouvernement fédéral étasunien a cette compétence en vertu de l'article 1^{er}, section 8, paragraphe de la Constitution étasunienne de 1788, qui dispose que « *the Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes* ». Dans l'Union, la protection des parties faibles était envisagée dès les années 70, comme le montrent les programmes pour la protection et l'information des parties faibles ainsi que la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter la Convention de Bruxelles. Les articles 2 à 5 du Traité sur l'Union européenne (TUE) et 3 à 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) répartissent les compétences entre les États membres et l'UE⁶⁴, ainsi que les limites à l'exercice de ces compétences, notamment les principes de

⁶² Il est difficile d'évaluer avec exactitude une puissance économique. Toutefois, certains indices, notamment le produit intérieur brut de l'UE et des EU souligne la similitude de ces ensembles d'États. Le PIB de l'UE était en 2018 de 18.768 trillions de dollars, tandis que celui des EU était de 20.54 trillions selon la Banque mondiale. Pour une comparaison, consulter [<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=US-EU>].

⁶³ Ici encore il convient de regarder le produit intérieur brut des États composant l'UE et les EU. Si certains États américains comme la Californie ont des PIB similaires à la France (2.780 trillions de dollars en 2018) ou le Royaume Uni (2.828 trillions de dollars en 2018), par exemple la Californie à 2.928 trillions de dollars, certains États américains ont un PIB similaire aux pays les moins riches de l'Union européenne, tel l'État du Vermont (32.726 milliards de dollars) qui est comparable à l'Estonie (30.761 milliards de dollars). Pour une liste plus détaillée des PIB aux États-Unis et dans l'Union européenne, consulter [<https://www.bea.gov/system/files/2020-04/qgdpsstate0420.pdf>], pour les EU, et [<http://statisticstimes.com/economy/european-countries-by-gdp.php>], pour l'UE. De ces disparités macro-économiques peuvent naître des positions socioéconomiques déséquilibrées entre des acteurs de différents pays : une grande entreprise allemande aura beaucoup plus de ressources qu'une entreprise de taille moyenne grecque. De même, une grande entreprise texane sera dans une position socioéconomique de force dans ses contrats avec des particuliers ou des entreprises du Wyoming. Concernant les disparités juridiques, une majorité des membres de l'UE se rapproche de la tradition de droit civil, tandis que certains se rapprochent plus d'un système de *common law*. Aux EU, c'est l'inverse, le système de la *common law* est largement accepté, à quelques exceptions près, telles que la Louisiane.

⁶⁴ Les articles 2 à 5, TUE, définissent les missions de l'Union européenne, notamment l'article 3, § 6, qui dispose que « l'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités ». L'article 4, § 1, dispose quant à lui que : « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». L'article 5, § 1, définit en effet le principe d'attribution dans ces termes : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». Ainsi l'Union Européenne ne peut agir que dans les domaines où elle se voit attribuer une compétence selon les traités de l'Union. C'est dans le cadre de sa compétence exclusive donnée à l'article 3, TFUE, pour « l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ; [...] la politique commerciale commune » et de ses compétences partagées énumérées à l'article 4, notamment « le marché intérieur ; [...] la protection des consommateurs », que l'Union est compétente pour créer un droit international privé européen.

subsidiarité⁶⁵ et de proportionnalité⁶⁶. L'article 81, TFUE, introduit par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 permet au Parlement européen et au Conseil d'adopter « des mesures visant à assurer : [...] c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence⁶⁷ ».

Dès lors, les cadres de régulation de la protection des parties faibles aux EU et dans l'UE sont comparables dans la mesure où ils ont remplacé les dispositions internes qui avaient été mises en place par les États qui composent ces entités. Toutefois, si l'UE et les EU ont la compétence pour légiférer dans le sujet d'étude de ce mémoire, ils ne se sont pas inspirés des mêmes approches doctrinales pour développer leurs systèmes de protection, ce qui a mené au développement de deux approches radicalement différentes. Cette divergence dans l'approche théorique rend l'exercice de comparaison difficile. En effet, il peut être compliqué d'identifier des éléments de comparaison, c'est pourquoi il convient non seulement d'analyser les différences dans la théorie de la protection, mais aussi d'évaluer ces deux droits dans leurs résultats pour des situations similaires.

25. Regain d'intérêt pour la problématique des parties faibles. Récemment, la question de la protection de la partie faible est à nouveau l'objet d'études doctrinales aux EU et dans l'UE. Les règlements européens sont critiqués par certains juristes comme manquant encore de coordination et d'efficacité⁶⁸, tandis que les juristes étasuniens réfléchissant à la possibilité d'un *3^e Restatement of Contract (Conflict of Laws)* remettent en question l'ensemble de l'approche étasunienne⁶⁹. Il serait possible de penser que les EU ont un droit moins protecteur des parties faibles en raison d'une tradition constitutionnelle de *laissez-faire* dans le pays⁷⁰. Toutefois, il est difficile d'objectivement hiérarchiser deux cadres de régulations sur un sujet, et tel n'est pas le but de ce mémoire.

⁶⁵ Ce principe est défini par l'article 5, § 3, TUE : « L'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

⁶⁶ Ce principe est défini par l'article 5, § 4, TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

⁶⁷ Pour certains juristes, l'utilisation de cet article pour justifier l'adoption des instruments européens de droit international privé de l'Union, notamment les règlements n° 593/2008, n° 44/2001 refondu par le règlement 1215/2012 est problématique. En effet, la question du respect des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne, les principes de subsidiarité et de proportionnalité évoqués ci-dessus, peut se poser. Les travaux sur le règlement Rome 1 ont par exemple entraîné un débat important, notamment avec la publication de « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G*, 2006, 2313. Toutefois l'étude de ces questions est au-delà du champ du présent mémoire, et elles ne seront donc pas approfondies.

⁶⁸ Par exemple, l'article critique de Giesela RÜHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, p. 335-358, qui dénonce l'absence de véritable coordination des instruments de l'Union européenne sur le sujet.

⁶⁹ Voir L. BRILMAYER et D. LISTWA, « Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back? », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018-2019, [<https://www.yalelawjournal.org/forum/continuity-and-change-in-the-draft-restatement-third-of-conflict-of-laws>] ; K. ROOSEVELT III et B. JONES, « The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: A Response to Brilmayer & Listwa », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018-2019, [<https://www.yalelawjournal.org/forum/a-response-to-brilmayer-listwa>].

⁷⁰ Le concept de *Laissez-faire Constitutionalism* est une vision étasunienne du droit fondée sur des décisions de la Cour suprême des EU jusqu'en 1930. Durant cette période, les limites imposées aux entreprises étaient réduites de sorte que des monopoles pouvaient se former et il existait très peu de protection pour les parties

26. Objectif du mémoire. L'objectif de ce mémoire est plutôt d'étudier les différences qui peuvent ou non exister entre les mesures protectrices mises en place par l'UE et les EU, de s'interroger sur la viabilité de la protection créée par ces cadres de régulation pour la partie faible au contrat international. La comparaison entre deux systèmes qui traitent de manière si distincte la protection des parties faibles au contrat international permet de mettre en exergue les potentielles failles de chacune de ces approches et de voir comment ces systèmes pourraient s'inspirer l'un de l'autre pour garantir une protection plus efficace sans porter une atteinte disproportionnée à l'autonomie de la volonté dans le contrat.

27. Pour ce faire, le présent mémoire propose dans un premier temps une étude de l'approche théorique générale de la protection des parties faibles aux États-Unis et dans l'Union européenne (Première partie). Dans un second temps, ce mémoire analyse les conséquences de ces différentes approches dans la protection concrète des parties faibles, en tentant de déterminer, dans des situations similaires, quel droit est le plus avantageux pour la partie faible (Deuxième partie).

faibles, que ce soit au niveau international ou au niveau national. Bien que ce courant ne soit plus majoritaire dans la doctrine et la pratique juridique étasunienne, il a profondément marqué le droit américain. Ainsi il apparaît aujourd'hui pour certains comme minimaliste et imposant le moins d'obligations possibles sur les individus et les entreprises. Pour approfondir, voir notamment l'article de M. LES BENEDICT, « Laissez-faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-faire Constitutionalism », *Law and History Review*, vol. 3, 1985, p. 293-331.

PREMIÈRE PARTIE. – LES DIVERGENCES DANS LA CONCEPTION THÉORIQUE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

28. La première étape dans la comparaison entre le droit étasunien et le droit européen consiste en l'étude de la théorisation de la protection des parties faibles. Le but de cette analyse est de déterminer d'un point de vue théorique comment les deux droits approchent la protection des parties faibles et quelles en sont les conséquences. En effet, ces choix théoriques conscients ou issus de la tradition à laquelle se rattachent ces continents présentent des avantages et des inconvénients ayant été analysés par la doctrine. La première problématique dans la théorisation de la protection des parties faibles est celle de la définition juridique de ce concept, une étape nécessaire à la mise en place d'un cadre de régulation dont les mécanismes seront appliqués de manière uniforme sur un territoire (Chapitre I). La seconde problématique est celle de la protection en elle-même. Différentes approches sont envisagées par la doctrine, chacune avec ses avantages et ses inconvénients, et sont appropriées différemment par les EU et l'UE pour développer leur droit (Chapitre II).

CHAPITRE I. – LA DÉFINITION JURIDIQUE DU CONCEPT DE PARTIE FAIBLE

29. Enjeux de la définition de partie faible. Le professeur Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*, définit la qualification juridique en ces mots :

« Opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ».

30. Cette opération est capitale pour créer un droit uniforme. Il a donc été nécessaire pour les ordres juridiques étudiés de définir ce qu'est une partie faible afin de pouvoir créer un système les protégeant. Toutefois, la définition donnée en introduction, à savoir l'existence d'un déséquilibre dans les positions socioéconomiques des parties peut être transposée en droit positif de plusieurs manières. C'est pourquoi les EU et l'UE ont retenu une définition différente du concept de partie faible (Section I). Chacune de ces approches présente des avantages et des inconvénients pour les personnes en position d'infériorité socioéconomique souhaitant se voir reconnaître le statut de partie faible (Section II).

SECTION I. – LA DÉFINITION DE LA PARTIE FAIBLE AUX EU ET DANS L'UE

31. Face aux multiples méthodes pour déterminer la position de faiblesse socioéconomique d'une partie, le législateur européen a pris la décision de déterminer des catégories d'individus réputés comme faibles : les consommateurs, travailleurs et assurés, dans le but de garantir à ces catégories une protection adaptée (I). À l'inverse, aux EU, la définition de partie faible a principalement été établie par les juges, qui ont développé un système par lequel la faiblesse est déterminée *in concreto* (II).

I. – L'identification de groupes de personnes réputées faibles par le droit de l'UE

32. Origines de la protection des parties faibles dans l'UE. Au cours des cinquante dernières années⁷¹, les évolutions dans le champ de la protection des parties faibles au contrat international ont été marquées par les efforts de l'UE pour européeniser le domaine. Vers la fin des années 90, la réflexion sur la rédaction de règlements européens débutant⁷², la question de l'identification des parties faibles se pose alors. Selon la professeure Giesela Rühl, le choix été fait de ne protéger que certaines catégories de personnes en raison de l'attachement européen à l'autonomie de la volonté, dans le but de ne pas lui porter trop atteinte⁷³. Ce choix mène donc à une protection pour certaines catégories de parties présumées faibles⁷⁴, mais, comme le souligne l'auteur, ne permet pas une appréciation *in concreto* de la situation pour déterminer leur caractérisation de partie faible⁷⁵. Ainsi le droit de l'Union définit les parties faibles en donnant une interprétation autonome du concept⁷⁶.

33. Le consommateur comme partie réputée faible. Le consommateur est la première catégorie de personnes réputées faibles identifiée par le droit de l'Union européenne. Les contrats de consommation sont des contrats où les inégalités socioéconomiques sont les plus flagrantes et les plus dangereuses pour la partie faible, ce qui justifie un système de protection adapté. Il existe quatre directives importantes pour le droit de la consommation dans l'Union : la directive générale relative aux droits des consommateurs⁷⁷, la directive sur les agents commerciaux indépendants⁷⁸, la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁷⁹ et enfin, la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁸⁰.

Le consommateur est défini à l'article 2 de la directive 93/13/CEE telle que modifiée par la directive 2011/83/UE : « Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Cette définition pose donc deux critères pour la définition de consommateur : être une personne physique, et l'existence d'un contrat qui ne relève pas d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

⁷¹ Le programme préliminaire du 14 avril 1975 portant sur une politique de protection et d'information des consommateurs marque le début de la réflexion sur la protection des parties faibles dans l'Union.

⁷² Selon le professeur J. BASEDOW, si la réflexion quant à la possibilité d'une protection européenne commence avant le Traité d'Amsterdam, il a fallu attendre ce dernier pour que commence la véritable européenisation des conflits de loi et de juridiction : « The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 687.

⁷³ G. RUHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: a Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, p. 339-340.

⁷⁴ E. CRAWFORD et J. CARRUTHERS, « Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, p. 18.

⁷⁵ G. RUHL, préc., p. 341.

⁷⁶ L. TICHY, « La notion du consommateur en tant que partie contractante en droit tchèque et européen », *Cahiers du CEFRES*, vol. 27, 2001, p. 13.

⁷⁷ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant les directives 93/13/CEE et 1999/44/CE, *JOUE*, n° L 304, 2011, p. 64-88.

⁷⁸ Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JOUE*, n° L 382, 1986, p. 17-21.

⁷⁹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales modifiant la directive 84/450/CE et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE, *JOUE*, n° L 149, 2005, p. 22-39.

⁸⁰ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOUE*, n° L 376, 2006, p. 21-27.

Toutefois, le consommateur est aussi défini dans les règlements européens traitant de la compétence judiciaire et de la loi applicable. En effet, le règlement Bruxelles I refondu lui aussi contient une définition du concept de consommateur⁸¹. Il est intéressant de voir que la notion de personne physique est absente dans la définition du règlement Bruxelles I, laissant entendre que la définition de consommateur pour le droit international privé européen est différente de celle dans le droit sectoriel de l'UE. Cette définition a fait l'objet d'une jurisprudence inconstante de la part de la CJUE : tantôt la Cour refuse de reconnaître la qualification de consommateur alors qu'elle pourrait être escomptée, comme dans l'arrêt du 14 février 2019, *Milivojevi*⁸², tantôt la Cour accorde la qualification de consommateur à des personnes réalisant une activité quasi professionnelle, comme dans l'arrêt *Jana Petruchová*⁸³. Toutefois, il est intéressant de souligner la portée limitée de la définition du consommateur par le droit international privé européen, étant donné qu'elle est limitée par le champ d'application matériel du règlement.

34. Interprétation de la notion de consommateur par la CJUE. La notion de consommateur en droit sectoriel de l'UE a elle aussi été approfondie par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans son arrêt *Di Pinto* du 14 mars 1991⁸⁴, la CJUE opte pour une définition restrictive du consommateur en refusant cette qualification à un particulier cherchant à acheter un fonds de commerce. La CJUE confirme que la qualification de consommateur dépend non seulement des caractéristiques des parties au contrat, mais aussi du contenu du contrat⁸⁵. Le professeur Lubos Tichý considère que cet arrêt démontre le rapprochement de la notion européenne de consommateur de la définition britannique étant donné qu'un individu n'agit « en tant que consommateur uniquement lorsqu'il entreprend des actes juridiques dans le but de satisfaire ses besoins personnels ou familiaux⁸⁶ ». La logique de la Cour est qu'un individu achetant ou vendant un fonds de commerce est censé pouvoir évaluer la valeur des actes contenus dans la vente et donc ne saurait être surpris ou abusé par l'autre partie⁸⁷. Les précisions apportées par la CJUE à la notion de consommateur mènent à une nouvelle définition de ce concept exprimée par le professeur Lubos Tichý en ces termes :

« Seuls les contrats qu'une personne privée conclut pour satisfaire ses besoins personnels entrent dans le champ d'application des directives se rapportant à la protection du consommateur envisagé comme la partie contractante économiquement plus faible⁸⁸ ».

En plus des consommateurs, il existe deux autres catégories de personnes présumées faibles en droit de l'Union : les employés et les assurés. Pour ce qui est des clauses de choix de loi, la protection de ces catégories se trouve aux articles 7 et 8 du règlement Rome I. Cette

⁸¹ Il convient de souligner le fait que le règlement Bruxelles I, à son article 17, adopte une définition particulière du consommateur, dans la mesure où il mentionne le fait que le consommateur est une personne qui passe un contrat pour un usage « pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle », puis identifie certains contrats en particulier : les contrats de vente d'objets mobiliers corporels et les prêts.

⁸² CJUE, 14 février 2019, *Milivojević*, aff. C-630/17. Dans cet arrêt, la CJUE affirme qu'au sens de la définition donnée par le règlement Bruxelles I refondu, le « débiteur ayant conclu un contrat de crédit afin d'effectuer des travaux de rénovation dans un bien immeuble qui est son domicile, dans le but, notamment, d'y fournir des services d'hébergement touristique, ne peut pas être qualifié de "consommateur" ».

⁸³ CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová*, aff. C-208/18.

⁸⁴ CJUE, 14 mars 1991, *Di Pinto*, aff. C-361/89.

⁸⁵ *Di Pinto*, aff. C-361/89, point 15.

⁸⁶ L. TICHÝ, « La notion du consommateur en tant que partie contractante en droit tchèque et européen », p. 11.

⁸⁷ *Di Pinto*, aff. préc., point 18.

⁸⁸ L. TICHÝ, préc., p. 14.

protection des employés et assurés se retrouve dans le règlement Bruxelles I refondu⁸⁹. À ces deux catégories, le règlement Rome I ajoute les passagers, qu'il protège à son article 5. Il est donc intéressant de voir qu'une protection spéciale est accordée à cette dernière catégorie alors qu'ils ne sont pas assimilés à des consommateurs.

35. Le travailleur comme partie présumée faible. La notion de contrat de travail a été précisé dans un arrêt de 2015 de la Cour de justice de l'Union européenne, *Holterman Ferho Exploitatue et Otros c/ M. Spies von Büllenheim*⁹⁰. La Cour souligne tout d'abord que la notion de travailleur et de contrat de travail ne sont pas définis dans les instruments européens protégeant la partie faible⁹¹. Elle s'efforce donc d'effectuer ce travail de définition, dans le but explicite de créer une notion autonome, commune et applicable à l'ensemble des États membres⁹². La Cour liste les critères permettant de définir le travailleur : le premier est celui de l'insertion au sein de l'organisation de l'entreprise employant le travailleur⁹³, repris de l'arrêt *Shenavai*⁹⁴. Le second est l'existence d'un lien de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur⁹⁵. Enfin, le critère essentiel selon la CJUE est « la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération⁹⁶ ». Cette définition du travail est, à l'instar de celle du consommateur, restrictive dans la mesure où elle exclut certaines personnes qui pourraient être qualifiées de faibles dans le cadre d'une activité professionnelle.

36. L'assuré comme partie réputée faible. Le contrat d'assurance, et donc l'assuré, a été défini très tôt par le droit européen car il a fait l'objet d'une directive dès 1973 : la directive 73/239/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie. Le droit européen opère la différence entre les assurances à grand risque et les autres⁹⁷. La distinction est reprise par le règlement Rome I, mais ce dernier développe un régime spécial pour les contrats d'assurance avec ou sans grand risque, admettant donc l'existence d'une partie faible dans ces derniers et adoptant une vision large du concept d'assuré.

⁸⁹ Voir sections 3 et 5 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, n° L 351, pp. 8-10.

⁹⁰ CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Ferho Exploitatue et Otros c/ M. Spies von Büllenheim*, aff. C-47/14.

⁹¹ *Holterman Ferho Exploitatue et Otros c/ M. Spies von Büllenheim*, préc., point 35.

⁹² *Ibid.*, point 37.

⁹³ *Ibid.*, point 39.

⁹⁴ CJUE, 15 janvier 1987, *H. Shenavai c/ K. Kreischer*, aff. 266/85, point 16.

⁹⁵ *Holterman Ferho Exploitatue et Otros c/ M. Spies von Büllenheim*, point 40.

⁹⁶ *Ibid.*, point 41.

⁹⁷ Cette définition se retrouve à l'article 13, 27) de la directive 2009/138/CE du 28 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, *JOUE*, n° L 335, p. 1. Cet article définit en effet les « "grands risques" : a) les risques classés sous les branches 4, 5, 6, 7, 11 et 12 de l'annexe I, partie A ; b) les risques classés sous les branches 14 et 15 de l'annexe I, partie A lorsque le preneur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale et que les risques sont relatifs à cette activité ; c) les risques classés sous les branches 3, 8, 9, 10, 13 et 16 de l'annexe I, partie A, pour autant que le preneur dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des critères suivants : i) un total de bilan de 6 200 000 EUR ; ii) un montant net du chiffre d'affaires, au sens de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (30), de 12 800 000 EUR ; iii) un nombre de 250 employés en moyenne au cours de l'exercice ».

37. Définition de la partie faible par l'existence d'un contrat. Toutefois, dans les instruments européens mettant en place des régimes de protection pour les consommateurs, les employés et les assurés, ces groupes sont protégés en raison de la participation des individus les composant à un contrat. Ainsi l'identification de la partie faible dans l'Union européenne passe nécessairement par l'existence d'un contrat auquel une personne est partie en tant que consommateur, employé ou assuré⁹⁸. À l'inverse, aux EU, l'absence de définition claire permet au juge de reconnaître une situation de faiblesse dans les relations contractuelles et extracontractuelles par un système analysant *in concreto* les inégalités entre les parties.

II. – L'absence de définition claire de la partie faible aux États-Unis

38. Absence de définition de la partie faible en droit étasunien. Le système étasunien du droit des contrats est décrit ainsi par le professeur Knapp : « *The American law of contract, although fed by – and circumscribed by – a host of statutes, has been and remains at its heart a common-law system*⁹⁹ ». C'est cette appartenance d'un point de vue fondamental à un système de *Common Law* qui explique selon l'auteur l'absence de codification du droit des contrats aux États-Unis. C'est aussi pourquoi il n'existe pas à ce jour de définition de la partie faible en droit fédéral étasunien. Pourtant, dans certaines situations, il y a la reconnaissance d'un déséquilibre entre les parties et une vigilance accrue des juges lorsqu'ils ont affaire à certains types de contrats.

39. Utilisation de la doctrine d'*unconscionability*. Pour identifier les parties faibles, les juges ont recours à la doctrine d'*unconscionability*. Cette doctrine ne concentre pas sur la caractérisation de la faiblesse d'une des deux parties au contrat, mais sur l'existence d'un déséquilibre dans les pouvoirs de négociation des parties résultant en une « *unconscionable contract or clause* » que le juge peut annuler. La doctrine d'*unconscionability* est définie en ces termes par l'Uniform Commercial Code :

« 1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result*¹⁰⁰ ».

⁹⁸ Une question intéressante qui découle de cette définition dépendant de la nature du contrat auquel les parties faibles participent mais qui ne rentre pas dans le cadre du présent mémoire est celle de la détermination d'une partie faible dans les relations extracontractuelles. G. RUHL note que « *it does not follow clearly from the wording of Art 14(1) of the Rome II Regulation that the provision serves to protect consumers: the European legislator carefully avoided to resort to the traditional notions of consumers and professionals (or businesses) because it felt that parties did not act as consumers or professionals when committing a tort. However, Art 14 does not deal with the commission of torts as such – but with the choice of the applicable tort law. And in view of a choice of the applicable tort law parties may very well act as consumers and professionals* », G. RUHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: a Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », préc., p. 342. La professeure de l'université d'Iéna renvoie à B. DUTOIT, « Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne », in St. BARIATTI et G. VENTURINI, *Mélanges Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè Editore, 2009, p. 309-313 et à A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 561.

⁹⁹ C. KNAPP, « Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey », *UC Hasting Research Paper*, vol. 71, 2013, p. 309, [<https://doi.org/10.1017/CBO9781139235662.019>].

¹⁰⁰ *Uniform Commercial Code*, art. 2, sect. 302, abrégée § 2-302, [<https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302>].

Cette formulation est reprise presque mot pour mot par la section 208 du *Restatement second of the Law of Contract*¹⁰¹. Ce qu'il faut retenir de ces textes est que le juge se voit accorder la possibilité mais non l'obligation d'annuler une clause si elle résulte d'une inégalité majeure dans les pouvoirs de négociation. Ainsi la qualification de la partie faible est en grande partie laissée à l'interprétation du juge. Selon le professeur Knapp, c'est pour cette raison que, jusque dans les années 90, la doctrine de l'« *unconscionability* » était utilisée avec parcimonie :

« *By the last decade of the twentieth century, therefore, it was common to view the doctrine of unconscionability as being of marginal importance to American contract law generally. Rarely applied to contracts between business enterprises and used sparingly even where consumer contracts were at issue, it seemed destined to play at best a distinctly minor role in the further development of American contract law*¹⁰² ».

La doctrine de l'« *unconscionability* » a fait l'objet d'un regain d'intérêt par la doctrine dans les années 90 en raison de l'essor des échanges entre particuliers et professionnels entre les États étaguniens¹⁰³. C'est pourquoi une catégorie de contrats a été identifiée par la doctrine et les tribunaux comme ayant souvent une « partie faible » : les contrats dits d'adhésion. Ces contrats sont souvent des contrats au sein desquels

« *The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses*¹⁰⁴ ».

Ce type de contrat se retrouve souvent pour des questions en lien avec des « *insurance, leases, deeds, mortgages, automobile purchases, and other forms of consumer credit*¹⁰⁵ ». Le danger que ces contrats présentent réside dans le fait qu'ils développent une subordination de la partie faible à la partie forte. Cela justifie leur analyse minutieuse par les tribunaux et la présomption de la faiblesse d'une des parties en raison d'une position socioéconomique inférieure ou en raison d'un manque d'information, comme le souligne le professeur Knapp :

« *There is likely to be a distinct imbalance of bargaining power in many respects – economic power and other types as well – they carry the risk that parties will give their apparent assent to terms they have not read, terms they would not understand even if they had, and terms which are surprisingly harsh in their impact on the non-drafting party*¹⁰⁶ ».

¹⁰¹ Cet article donne la définition suivante : « *If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result* ». La définition de l'« *unconscionability* » est donc similaire entre ces deux textes.

¹⁰² C. KNAPP, « *Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey* », préc., p. 314-315.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 316-326.

¹⁰⁴ F. KESSLER, « *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract* », *Faculty Scholarship Series, Paper 2731*, 1943, p. 622, [<https://pdfs.semanticscholar.org/c771/0e052126683c39dbcf3753aefd77bb4d0666.pdf>].

¹⁰⁵ Legal information Institute – Adhesion contract, [https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract].

¹⁰⁶ C. KNAPP, préc., p. 320.

La doctrine de l'« *unconscionability* » a notamment été utilisée de manière à créer une sorte de présomption de faiblesse des consommateurs dans les contrats de consommation contenant une clause compromissive¹⁰⁷.

40. Détermination de l'existence d'une partie faible. Il existe deux critères admis par la jurisprudence étasunienne pour déterminer l'existence d'une partie faible : l'absence de « *meaningful choice* » et l'existence de « *unreasonably favorable terms* ». Si l'existence de ces critères fait consensus, leur interprétation demeure l'objet de débats doctrinaux importants¹⁰⁸. Le premier critère consiste en l'impossibilité pour la partie faible de ne pas contracter en ces termes avec l'autre partie. Le premier aspect de ce critère est la question de la possibilité de négocier les clauses du contrat. Cette question fait l'objet de débats doctrinaux mais il est généralement admis que cet aspect est vérifié lorsque « *the second party typically does not have the power to negotiate or modify the terms of the contract*¹⁰⁹ ». Le second aspect de ce critère est la possibilité pour la partie n'ayant pas pu négocier les termes de refuser le contrat. La Cour fédérale d'appel du District de Columbia a en effet reconnu que dans les situations où la partie se réclamant être faible, même si elle n'avait aucun pouvoir de négociation dans la relation contractuelle, pouvait refuser de contracter sans subir un dommage ou une perte, et se voyait refuser la qualification de partie faible¹¹⁰. Ce critère d'absence de « *meaningful choice* » réduit le nombre de contrats qui peuvent être qualifiés de contrats d'adhésion avec une partie faible dans la mesure où tous les contrats touchant au luxe sont exclus. En effet, dans ces derniers il y a un autre choix possible pour la partie cherchant à caractériser sa faiblesse : ne pas contracter¹¹¹.

Le deuxième critère permettant la qualification de faible est l'existence de « *unreasonably favorable terms* » dans le contrat, c'est-à-dire de clauses qui sont très avantageuses pour une partie et n'ont apparemment pas de contrepartie. Ici encore, la détermination de ce qui constitue une clause irraisonnablement favorable envers une partie n'est pas fixe et dépend du juge. Le seuil d'exigence aux EU demeure néanmoins très élevé dans la majorité des affaires en raison de la « *strong preference in American law for "freedom of contract" – the power of contracting parties to make their own agreements, even if others might find them unreasonable or even unfair*¹¹² ». Toutefois, la jurisprudence récente tend vers une extension progressive de la notion de partie faible : l'utilisation par les juges d'un seul des deux critères ou la compensation de l'absence de l'un par l'abondance d'indices pour l'autre a permis un élargissement progressif du concept de partie faible¹¹³.

Ainsi, en plus de la possibilité pour le juge de déterminer l'existence d'une faiblesse chez l'une des parties au contrat peu importe sa nature, une pratique jurisprudentielle tendant à la reconnaissance d'une présomption de faiblesse de la partie adhérent au contrat

¹⁰⁷ Voir S. GAVIN, « Unconscionability Found: A Look at Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements 10 Years after *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto* », *Cleveland State Law Review*, vol. 54, 2006, p. 249-270, [<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol54/iss3/3>].

¹⁰⁸ S. GAVIN, « Unconscionability Found: A Look at Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements 10 Years after *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto* », préc., p. 309-314.

¹⁰⁹ Legal information Institute, [[https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_\(contract_of_adhesion\)](https://www.law.cornell.edu/wex/adhesion_contract_(contract_of_adhesion))].

¹¹⁰ US Fd Court of Appeal of the District of Columbia, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, n° 350 F.2d 445, 1965.

¹¹¹ C. KNAPP, « Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey », préc., p. 321.

¹¹² C. KNAPP, préc., p. 323.

¹¹³ Voir, en général, C. KNAPP, préc.

d'adhésion, notamment les contrats de consommation, a élargi la définition de la partie faible aux EU.

41. Les EU et l'UE ont donc approché la question de la définition de la partie faible de manières radicalement différentes. Tandis que l'UE a identifié des catégories de contrats où l'une des parties est réputée comme faible, les EU laissent beaucoup de marge de manœuvre au juge pour déterminer la faiblesse d'une partie au cas par cas. Cependant, ces deux définitions comportent des avantages et inconvénients qu'il convient d'étudier.

SECTION II. – LA DIFFICULTÉ DE PARVENIR À UNE DÉFINITION SATISFAISANTE

42. La prévisibilité et la stabilité juridique apportées par la création d'une présomption de faiblesse dans certains contrats explique pourquoi une partie la jurisprudence étasunienne cherche à se rapprocher du modèle européen. Néanmoins ce dernier développe un système rigide empêchant une personne n'appartenant pas à une des catégories reconnues de se voir reconnaître la qualification de faible (I). Le droit étasunien quant à lui reste très imprécis sur la qualification de partie faible, créant une incertitude juridique quant à la reconnaissance cette dernière (II).

I. – Les conséquences d'une définition restrictive de la partie faible

43. Rappel de l'intérêt de l'approche employée par l'UE. La définition européenne de partie faible est axée autour de l'existence de présomption de faiblesse pour trois catégories de contractants : les consommateurs, les travailleurs et les assurés. L'immense avantage de cette approche est la sécurité juridique qu'elle apporte aux individus protégés. En effet, dans des situations impliquant une de ces catégories de personnes dans un contrat de consommation, de travail ou d'assurance, il n'y a pas de question sur l'existence ou non d'un système de protection : ce dernier est acquis. Ce système est si efficace qu'au début des années 2000, la jurisprudence étasunienne semblait s'orienter elle aussi vers cette approche pour définir la partie faible, notamment le consommateur¹¹⁴.

Cependant, cette approche a un désavantage important : elle limite grandement les personnes qui peuvent se voir reconnaître la qualification de faible. Si une partie à un contrat est dans une position socioéconomique de faiblesse par rapport à son cocontractant, même si elle peut le prouver, elle ne pourra pas se voir reconnaître le statut de partie faible en droit européen.

44. Limites de la définition de partie faible en droit européen. Prenons en premier exemple les personnes morales de droit privé achetant du matériel nécessaire à leur activité commerciale, artisanale ou industrielle à une entreprise multinationale. Si l'on s'en réfère à la définition doctrinale de la partie faible établie en introduction, c'est-à-dire un déséquilibre important entre les positions socioéconomiques des deux parties, il est possible que dans certains contrats la faiblesse de cette personne morale soit vérifiée. La catégorie de personne protégée en droit de l'Union la plus proche de cette situation est celle du consommateur.

¹¹⁴ Voir pour plus de détails l'article de D. HORTON, « Unconscionability Wars », *Northwestern University Law Review*, vol. 106, 2011, p. 387-408. Dans cet article, le professeur de l'Université de Californie explique les enjeux de la création d'une présomption de faiblesse pour les contrats de consommation aux États-Unis et le débat jurisprudentiel entre la Cour suprême et les Cours fédérées sur cette question.

Toutefois, il ne sera pas possible pour la personne morale de se voir reconnaître ce statut, car le droit européen considère que seule une personne physique peut être un consommateur. Cela est rappelé par les directives européennes sur la consommation¹¹⁵ et par la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière a interprété de manière si stricte la notion de consommateur présente dans le droit sectoriel de l'UE qu'une personne physique achetant des biens ou des services dans le but de développer une activité professionnelle dans le futur sans l'être au moment des achats ne peut pas se voir reconnaître le statut de consommateur. Dans son arrêt *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl* du 3 juillet 1997, la CJCE¹¹⁶ a en effet considéré qu'il fallait apprécier la position de la personne prétendant être un consommateur « en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne¹¹⁷ ». Les personnes morales et les personnes physiques agissant pour une activité professionnelle future sont donc exclues de la catégorie de consommateur alors qu'il est tout à fait possible qu'elles soient en position de faiblesse par rapport à l'autre partie. Il convient de souligner que dans les premiers programmes de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs¹¹⁸, cette distinction entre personne morale et personne physique n'était pas présente. De même, il était admis que le contenu d'un contrat de consommation puisse s'étendre au-delà de la vie personnelle et familiale :

« Le consommateur ne doit plus être considéré seulement comme un acheteur ou un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur¹¹⁹ ».

Il semble donc que la notion de consommateur se soit peu à peu restreinte dans l'Union, excluant des catégories de personnes dont la protection était à l'origine envisagée. Il est difficile de déterminer avec exactitude les raisons de cette régression de la définition de consommateurs. L'opposition du Royaume-Uni à une protection étendue des consommateurs est peut-être la cause de cette régression, comme le souligne le Sénat :

« Toutefois, ces dispositions n'ont pas satisfait un certain nombre de délégations, au premier rang desquelles le Royaume-Uni¹²⁰ ».

¹¹⁵ Le professeur Tichy note que la définition donnée par les différentes directives européennes est en réalité une seule définition, ces dernières reprenant la notion de consommateur à l'identique, et excluant la personne morale : L. TICHY, « La notion du consommateur en tant que partie contractante en droit tchèque et européen », *Cahiers du CEFRES*, vol. 27, 2001, p. 9.

¹¹⁶ CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337.

¹¹⁷ *Ibid.*, point 16.

¹¹⁸ Résolution du Conseil du 19 mai 1981 concernant un deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* n° C 133, 3 juin 1981, p. 1.

¹¹⁹ Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, n° C 92, 25 avril 1975, p. 1.

¹²⁰ À noter que cet extrait ne concerne pas la transposition des programmes mentionnés précédemment en droit positif mais démontre plutôt la volonté du Royaume-Uni de ne pas protéger de manière trop importante les consommateurs. Commission Justice et Affaires intérieures, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, COM (2005) 650, proposition déposée le 21 décembre 2005, [<https://www.senat.fr/ue/pac/E3039.html>]. Le Royaume-Uni semble en effet préférer un système d'autorégulation des secteurs ou de l'économie dans son ensemble pour protéger le consommateur et ne désire pas mettre en place un système de protection plaçant trop d'obligations sur les professionnels, ce qui est souligné dans le mémo de la Commission européenne, *La politique des consommateurs dans la communauté*

L'interprétation *stricto sensu* de la notion de consommateur exclut certaines parties pouvant pourtant être considérées faibles et donc peut leur porter préjudice. Toutefois, certaines jurisprudences récentes de la CJUE laissent penser qu'un élargissement de cette catégorie soit envisageable. En effet, lorsque dans l'affaire *Jana Petruchová*¹²¹ il a été demandé à la Cour si une étudiante effectuant une activité boursière via une société de courtage devait être qualifiée de consommateur, la Cour a répondu par l'affirmative. La CJUE considère qu'il convient d'étudier :

« La valeur des opérations effectuées en vertu de contrats tels que les contrats financiers pour différences, l'importance des risques de pertes financières liés à la conclusion de tels contrats, les connaissances ou l'expertise éventuelles de ladite personne dans le domaine des instruments financiers ou son comportement actif¹²² ».

Il semble donc que la Cour soit ouverte à l'idée qu'une personne effectuant une activité quasi professionnelle puisse être qualifiée de consommateur au sens du droit international privé de l'UE.

45. L'exclusion de certains groupes des catégories de parties présumées faibles. Un autre exemple de personnes qui pourraient se voir accorder la qualification de partie faible mais qui sont exclues des groupes identifiés par l'UE est celui des sous-traitants. La définition donnée par la CJUE et les textes européens du travailleur et du contrat de travail implique, comme mentionné précédemment, une subordination du travailleur ainsi que son intégration à la structure de l'entreprise. Le sous-traitant ne peut donc pas bénéficier du régime protecteur établi par les règlements Rome I et Bruxelles I refondu quant aux clauses de choix de loi et de juridiction contenues dans un contrat international. Pourtant, le sous-traitant est considéré comme une partie faible par une partie de la doctrine, et par certaines cours, par exemple la Cour de Cassation qui, dans son arrêt du 30 janvier 2008 affirme que la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est une loi de police dans ses dispositions protégeant les sous-traitants. Dès lors, l'approche européenne de la définition de travailleur exclut des groupes de personnes pourtant considérées comme faibles par la doctrine et certains droits.

À l'inverse, l'approche étasunienne donnant une plus forte liberté au juge pour déterminer l'existence d'une partie faible, permet plus de souplesse et évite donc l'impossibilité d'appliquer un régime protecteur à la partie faible en question.

II. – Les conséquences de la large marge d'appréciation du juge américain

46. L'absence de définition uniforme de la partie faible aux EU. Il serait possible de penser que la présence d'éléments de définition d'un contrat « *unconscionable* », et donc d'une situation où la faiblesse d'une partie est caractérisée, dans le *Uniform Commercial Code* permet de créer une définition juridique uniforme sur l'ensemble du territoire des États-Unis. Pourtant, l'UCC n'est pas comparable à un véritable code fédéral, ni même à un règlement européen, dans la mesure où le code est décrit en ces termes par le professeur Knapp :

« *The UCC in its official version is not actually "law" in any American jurisdiction. Like other "Uniform Laws" in American jurisprudence, it is rather an ideal, promulgated as a model for*

européenne – vue d'ensemble, 18 décembre 2012, MEMO/92/68, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_92_68].

¹²¹ CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchová*, aff. C-208/18.

¹²² *Ibid.*, point 78.

*state legislatures to adopt, in the hope that it will by virtue of nearly universal adoption become in that sense a uniform law throughout the American federal union*¹²³ ».

Ce code serait donc plus proche d'une directive européenne, ce qui a mené à des interprétations diverses de ce qui constitue une clause « *unconscionable* ». De plus, même si tous les États fédérés américains ont adopté la section §2-302, après de nombreux débats pour certains comme la Californie¹²⁴, le champ d'application de l'*Uniform Commercial Code* le rend fondamentalement impropre à définir les parties faibles. La section §2-302 du code ne s'applique qu'aux ventes de biens comme le prévoit la section §2-102 :

« This Article applies to transactions in goods; it does not apply to any transaction which although in the form of an unconditional contract to sell or present sale is intended to operate only as a security transaction nor does this Article impair or repeal any statute regulating sales to consumers, farmers or other specified classes of buyers ».

Ainsi, si la section §2-302 peut s'appliquer aux contrats de consommations, elle est inutilisable dans de nombreuses situations impliquant une partie faible. Certains juges ont cependant raisonné par analogie dans de telles situations afin d'appliquer la doctrine de l'« *unconscionability* »¹²⁵. Par ailleurs, la notion de « *unconscionability* » a été ajoutée au *Restatement (Second) of Contract*. Le professeur Murray Jr. note le lien fort entre la section 208 du *Restatement* et la section §2-302 de l'*UCC* :

*« The Restatement Second quotes this UCC Comment in its unconscionability section, section 208: "The principle is one of the prevention of oppression and unfair surprise". The Reporter's response to Farnsworth also alludes to the "stronger party who submits the adhesion contract." Again, the language suggests unconscionability*¹²⁶ ».

Cependant, le *Restatement* ne constitue pas non plus une source impérative de droit, dans la mesure où il ne fait que recenser les pratiques jurisprudentielles étasuniennes préexistantes. Par conséquent, le juge n'est pas contraint d'appliquer cette doctrine *lato sensu* et peut être plus ou moins sévère dans la reconnaissance de la faiblesse d'une partie.

47. Une définition plus large de la partie faible. Dès lors, la jurisprudence étasunienne est extrêmement diversifiée quant à la définition d'une partie faible et la détermination de l'« *unconscionability* » d'un contrat. Pour certains types de contrats, le seuil pour qu'une partie soit reconnue comme une partie faible et un contrat comme « *unconscionable* » est aisément atteint. C'est le cas notamment pour les contrats qui comportent une clause compromissoire entre un particulier et un professionnel. Ce type de contrat était en effet très répandu dans les années 90 aux États-Unis pour plusieurs raisons : l'arbitrage était vu comme moins cher, plus rapide et plus compétent que la justice étatique par certains acteurs économiques¹²⁷. Toutefois, l'arbitrage a aussi été utilisé dans un objectif d'affaiblir l'autre partie

¹²³ C. KNAPP, « Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey », *UC Hasting Research Paper*, vol. 71, 2013, p. 310.

¹²⁴ La Californie n'adopte le texte qu'en 1979 après une longue attente, l'*Uniform Commercial Code* datant lui de 1951. Pour plus de détail sur les débats autour de la section 2-302 de l'*UCC*, voir l'article de H. PRINCE, « Unconscionability in California: A Need for Restraint and Consistency », *Hastings Law Journal*, vol. 46, 1995, p. 490-493.

¹²⁵ C. KNAPP, « Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey », préc., p. 311-314.

¹²⁶ J. MURRAY JR., « Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts », *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, p. 766, [<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4285&context=clr>].

¹²⁷ C. KNAPP, préc., p. 315.

par certaines grandes entreprises qui l'imposaient de manière systématique aux individus entrant dans des relations contractuelles avec elles¹²⁸. L'utilisation abusive des clauses compromissaires a mené à une utilisation plus fréquente de la doctrine de l'« *unconscionability* » par les juges et à une conceptualisation plus large de la partie faible¹²⁹.

Cependant, cette acceptation plus large reste incertaine et fait l'objet d'un débat jurisprudentiel entre les cours des États fédérés et la Cour Suprême¹³⁰.

48. La marge d'appréciation du juge étasunien. La définition étasunienne de la partie faible laisse une grande marge d'appréciation au juge en lui permettant de reconnaître la faiblesse d'une partie dès lors que cette dernière est avérée, peu importe la nature de la personne ou le contenu du contrat. Toutefois, cette marge de manœuvre peut aussi nuire à la mise en place d'un système efficace dans la mesure où cette reconnaissance dépend nécessairement du juge. Concernant les contrats internationaux, la doctrine de l'« *unconscionability* » reste très peu utilisée, notamment pour questions de choix de loi et d'élection de for : « *Not surprisingly, no court has stricken a choice-of-law clause by claiming that it is unconscionable*¹³¹ ». L'Union européenne a évité ce problème en mettant en place des éléments de définition précis et clairs permettant aux parties faibles rentrant dans certaines catégories de se voir reconnaître leur faiblesse aisément et avec certitude.

49. La transposition en droit positif du concept théorique de partie faible est un point extrêmement important, et les inconvénients des définitions développées en droit européen et en droit étasunien démontrent la difficulté de l'exercice. Si identifier des catégories de contrats où une partie est présumée faible permet une certaine sécurité juridique, un système trop rigide empêche la reconnaissance de la faiblesse de certaines personnes. À l'inverse, permettre au juge de reconnaître la faiblesse sans poser des critères stricts permet de reconnaître la faiblesse d'une partie peu importe sa nature et le contenu du contrat, mais mène à une insécurité juridique au détriment des parties en position de faiblesse.

¹²⁸ D. HORTON, « Unconscionability Wars », préc., p. 388.

¹²⁹ Renforcé par la décision de la Cour suprême des EU dans *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, n° 09-893, 27 avril 2011. Cet arrêt a en effet retiré des mains des cours fédérées les autres outils dont elles disposaient pour écarter une clause compromissoire. Paradoxalement, cet arrêt était censé empêcher les cours fédérées d'écarter trop souvent les clauses compromissaires par l'utilisation de la doctrine d'*unconscionability*, mais il semble avoir créé une véritable opposition jurisprudentielle entre les cours fédérales et les cours fédérées.

¹³⁰ En effet, depuis le *Fd Arbitration Act*, la Cour suprême considère que seuls les arbitres peuvent déclarer comme *unconscionable* une clause compromissoire, tandis que les juges fédérés continuent à les annuler. Ainsi, une véritable opposition jurisprudentielle existe sur ce sujet entre les juges du fond et la Cour suprême, qui peine à imposer sa vision.

¹³¹ J. CAMAROTE, « The Need to Apply Unconscionability Directly to Choice-Of-Law Clauses », *Seton Law Review*, vol. 39, 2009, p. 612.

CHAPITRE II. – LA DÉTERMINATION DE LA MÉTHODE DE PROTECTION

50. L'enjeu de cette partie est de déterminer comment les EU et l'UE, d'un point de vue méthodologique, cherchent à protéger les parties faibles. Il existe en effet plusieurs approches qui ont été développées par la doctrine et qui présentent chacune certains avantages et inconvénients en donnant par exemple trop ou pas assez d'importance à la liberté contractuelle (Section I). Face à ces multiples possibilités, les EU et l'UE ne se sont pas concentrés sur une seule approche, mais ont tenté d'en mettre plusieurs en œuvre simultanément. Tandis que l'UE semble essayer d'adapter la protection à chaque catégorie qu'elle a définie, le droit étasunien oscille entre *laissez-faire* et protection minimale uniforme (Section 2).

SECTION I. – LES DIVERSES APPROCHES PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE

51. La doctrine a identifié différentes approches possibles pour limiter les risques créés par une clause de choix de loi (I), une clause compromissoire ou une clause d'élection de for (II).

I. – Les diverses méthodes de protection des parties faibles des clauses de choix de loi

52. Existence de plusieurs approches pour encadrer les clauses de choix de loi. L'étude doctrinale de la protection des parties faibles a abouti à la théorisation de plusieurs approches possibles pour réguler les clauses de choix de loi. Ces approches ont pour objectif de concilier l'autonomie de la volonté et la protection des parties faibles et proposent différents équilibres entre les deux.

53. Exclusion de la possibilité de choisir une loi. La première approche envisagée par la doctrine est de complètement exclure la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à un contrat à partie faible. Cela crée une limite importante à la liberté contractuelle, mais cette limite empêche une quelconque forme d'abus¹³². C'est cette approche que l'on retrouve par exemple dans le droit des obligations extracontractuelles européen. Une partie de la doctrine se montre favorable à cette approche car elle présente certains avantages indéniables. La partie faible au contrat pourra aisément prédire la loi qui sera applicable au litige, et surtout elle ne sera pas contrainte à étudier et comparer les lois de différents ordres juridiques¹³³. Cette approche permet à la partie faible d'être protégée de la même manière qu'elle le serait dans un contrat purement interne.

54. Les avantages de cette approche. Par ailleurs, cette approche est simple et permet d'éviter de créer des situations où une aide juridique importante donnerait un avantage à la partie ayant accès à cette aide. Enfin, la professeure Zheng Sophia Tang avance l'idée selon laquelle « *this approach seems fair from an economic perspective*¹³⁴ ». En effet, selon

¹³² G. RUHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: a Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, p. 346.

¹³³ S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », *Journal of Private International Law*, vol. 3, April 2007, p. 127.

¹³⁴ S. TANG, préc., p. 128.

l'auteure, il est logique d'imposer une faible obligation de recherche juridique sur la partie faible et de faire peser la responsabilité de se renseigner sur la partie forte : cette dernière sera impliquée dans de nombreux contrats internationaux et devra donc se familiariser avec les systèmes juridiques où elle pratique son activité. Ainsi, pour certains juristes, il est nécessaire d'abandonner l'autonomie de la volonté pour le choix de loi :

« *The autonomy rule should be abandoned in contract conflicts of law. It is theoretically unsupportable as a method for partitioning legislative jurisdiction among the states, and it fails to serve any of the traditional values of conflicts of law*¹³⁵ ».

55. Les critiques de cette approche. Néanmoins, cette approche ne fait pas l'unanimité et a été critiquée par une importante partie de la doctrine. Le Professeur Peter Nygh la décrit comme « *hardly designed to protect the interests of the weaker party*¹³⁶ », et certains juristes considèrent que cette atteinte à la liberté contractuelle remet en question la sécurité et la prévisibilité juridiques des contrats internationaux¹³⁷. De plus, elle repose sur la possibilité d'identifier de manière certaine une partie faible, ce qui est compliqué comme l'explique le premier chapitre. Enfin, il convient de soulever le fait que cette approche place un risque important sur les professionnels, qui, par crainte de se voir appliquer une loi inconnue, pourraient hésiter à étendre leurs activités à d'autres ordres juridiques. Si cette problématique ne se pose pas pour des grandes entreprises ayant les moyens d'avoir accès à un conseil juridique compétent, les petites et moyennes entreprises pourraient être désavantagées. Cette approche revient aussi à complètement abandonner l'idée de trouver un équilibre entre l'autonomie de la volonté, c'est pourquoi il convient d'étudier les autres approches envisagées.

56. Limiter les lois pouvant être choisies. La seconde possibilité est celle de limiter le choix de la loi applicable à certaines lois qui seraient reliées de manière objective au litige. Toutefois, cette approche repose fondamentalement sur la possibilité d'identifier les ordres juridiques auxquels le contrat se rattache, ce qui peut être difficile pour les relations commerciales par Internet au XXI^e siècle¹³⁸. Des facteurs comme la localisation des serveurs¹³⁹ et la multiplication des filiales peuvent en effet rendre le rattachement du contrat difficile. L'implication de nombreux États, de manière directe ou indirecte, mène à une prolifération de lois ayant un lien, parfois ténu, avec le contrat. Dès lors, la partie forte pourra exploiter ce décalage entre la technologie et le droit pour rattacher de manière artificielle le contrat à la loi la plus avantageuse¹⁴⁰.

Une vision plus restrictive de cette approche limiterait les lois pouvant être choisies à celles ayant un lien important avec le contrat. Interpréter cette approche ainsi permettrait, selon la professeure Tang, de « *prevent a business from choosing the law of a state with a fortuitous connection to the contract in order to apply a weak consumer law*¹⁴¹ ». Toutefois, dans de très nombreux contrats cette approche va résulter dans le choix de la loi du

¹³⁵ R. BAUERFELD, « Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination? », *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982, p. 1691, [<https://www.jstor.org/stable/1122297?seq=1>].

¹³⁶ P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 156.

¹³⁷ S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », p. 128.

¹³⁸ S. TANG, préc., p. 114.

¹³⁹ C. REED, *Internet Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 223-230.

¹⁴⁰ S. TANG, préc., p. 115.

¹⁴¹ *Ibid.*

professionnel pour les contrats entre professionnels et particuliers, et plus généralement dans la sélection de la loi de la partie forte. En effet, ces dernières demeurent dans une position de force pour les négociations et ont tendance à choisir la loi de leur domicile si ce choix leur est ouvert¹⁴². Il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que dans toutes les situations la partie faible serait insuffisamment protégée si cette approche est mise en place¹⁴³. Nonobstant, pour une partie de la doctrine, s'en tenir à restreindre, même de manière sévère, les lois qui peuvent être choisies n'est pas suffisant. Dans des contrats d'adhésion par exemple, la question du consentement de la partie faible à se voir appliquer un droit inconnu réduisant potentiellement sa protection peut se poser, dans la mesure où les parties faibles ne sont souvent pas informées des conséquences de ce choix de loi¹⁴⁴.

57. Application de la loi la plus avantageuse pour la partie faible. La troisième approche envisagée est assez proche de la deuxième et est considérée par certains juristes comme la plus à même de défendre efficacement les parties faibles¹⁴⁵ : la limite au choix de la loi par l'application de la loi préférentielle. Cette approche n'empêche pas les parties de choisir une loi, mais protège la partie faible dans la mesure où les règles impératives de protection applicables à défaut de choix de loi conservent leur effet. Ainsi la loi choisie ne s'appliquera à la partie faible que si elle offre une protection au moins équivalente à la loi applicable à défaut de choix de loi. Toutefois, cette approche est critiquée pour sa complexité et les difficultés qui l'accompagnent.

58. Les difficultés liées à la mise en place de cette approche. La première difficulté tient à la détermination de ce qui constitue une règle de droit impérative. Il est possible de les définir comme l'ensemble des règles de droit auxquelles il n'est pas possible de déroger par contrat dans l'ordre interne¹⁴⁶. Cependant, cette définition n'est pas satisfaisante pour une partie de la doctrine dans la mesure où le concept varie en fonction des États. Pour certains auteurs, l'imprécision du concept peut mener à la représentation d'une unité juridique là où il n'y en a pas :

« As one can readily imagine, the vaguer a norm is, the larger the number of different interpretations it may have within a national system but also varying from system to system. These vague norms are means to create a fake legal unity such that people think the same rule applies but whereby it may be interpreted in very different ways¹⁴⁷ ».

Selon cet auteur, la détermination de règles impérative dans le droit de l'UE n'est pas possible car, quels que soient les éléments de définition de l'UE pour les identifier, ils seront interprétés différemment par les États. Que tel soit le cas ou non, il est indéniable qu'établir

¹⁴² Ce choix n'est pas nécessairement fait dans l'objectif de retirer une protection à l'autre partie : les parties fortes sont elles aussi peu familières des systèmes juridiques étrangers et par sécurité choisirons la loi qu'elles connaissent le mieux, S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », p. 116.

¹⁴³ En effet, il est même avantageux pour la partie faible à certains contrats que la loi de la partie forte s'applique : par exemple, si la partie forte est domiciliée dans un pays ayant un système de protection développé alors que la partie faible réside dans un pays en étant dépourvu.

¹⁴⁴ S. TANG, préc., p. 115. Certaines parties faibles ne sont même pas informées de la protection qui leur est garantie par leur propre droit.

¹⁴⁵ P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, préc., p. 2.

¹⁴⁶ Il est à noter qu'il existe aussi des règles de droit impératives en droit international. Ces dernières ne sont pas étudiées dans cette section, qui vise plutôt à analyser comment les règles de droit mises en place par les États pour protéger les parties faibles trouvent à s'appliquer à un contrat international.

¹⁴⁷ M. STORME, « Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law », *Juridica International Law Review*, vol. 11, 2006, p. 35-36, [https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2006_1_34.pdf].

une définition générale du concept de règle de droit à laquelle il n'est pas possible de déroger par contrat est difficile. De plus, l'impossibilité d'établir une liste de ces règles de droit signifie que, dans l'optique de cette approche, un juge pourra être amené à interpréter un droit étranger sans être nécessairement familier avec cet ordre juridique et son fonctionnement. Par exemple, si un juge français doit déterminer, pendant un litige, si une règle de droit anglaise est impérative, il devra se demander si, du point de vue du droit anglais, il serait possible d'y déroger en droit interne. Une telle opération nécessite une certaine connaissance du droit anglais, qui demeure issu de la tradition de la *Common Law*. Un juge français, versé dans un droit issu de la tradition civile, aura probablement des difficultés à déterminer si une règle est impérative ou non. La question se pose aussi pour la détermination de ce qui constitue une règle protégeant une partie faible : doit-elle mettre en place un régime spécifique ou est-ce que toute règle de droit des contrats protégeant une partie peut être considérée comme protégeant une partie faible ? Par ailleurs, les règles impératives en œuvre dans certains États peuvent ne pas être adaptées à la réalité technologique du XXI^e siècle :

« *Some traditional mandatory rules might turn out to be inapplicable in e-commerce. Most mandatory rules were established prior to the development of e-commerce. In some cases, the terms and usages in traditional mandatory rules are hardly applicable in e-commerce*¹⁴⁸ ».

La deuxième difficulté liée à cette approche est celle de la détermination de la loi la plus favorable. En effet, la comparaison entre deux systèmes peut parfois démontrer l'impossibilité d'une hiérarchisation entre deux règles de droit : si la loi d'un État A prévoit qu'un employé doit être informé de son licenciement économique trois mois à l'avance et perçoit au minimum un mois de salaire au moment de son licenciement tandis que la loi d'un État B dispose un délai d'information de deux mois mais accorde à l'employé un mois et demi de salaire au licenciement, il est difficile de déterminer avec certitude quelle loi est la plus bénéfique.

Ces deux difficultés mènent à une augmentation des coûts de conseil juridique pour les entreprises, notamment pour celles cherchant à faire des échanges dans de multiples pays, dans la mesure où elles devront engager des frais d'avocats afin de déterminer préalablement au contrat quelles lois il sera possible de choisir dans quels pays¹⁴⁹. Cette complexité peut créer un obstacle à surmonter pour les petites et moyennes entreprises cherchant à développer une activité internationale. De surcroît, une telle procédure, complexe, ambiguë et imprévisible, prend du temps et de l'argent. Certaines parties faibles, notamment des consommateurs, pourraient considérer un tel investissement excessif pour des litiges qui ne sont parfois pas importants. Une alternative envisagée par la doctrine serait de ne pas appliquer la loi la plus favorable mais plutôt celle à laquelle la partie faible s'attend le plus. Toutefois, cette alternative rencontre des problèmes de définition similaires à ceux mentionnés ci-dessus.

59. L'absence de limites au choix de loi. La quatrième possibilité est celle qui peut sembler la plus simple à mettre en œuvre : ne pas limiter les lois pouvant être choisies par les parties. C'est l'approche qui avait été mise en place au Royaume-Uni avant le *Contract (Applicable Law) Act* de 1990. Cela ne signifie pas pour autant que ce choix n'était pas encadré : le *Privy Council* avait reconnu dans sa décision *Vita Food Products Inc v. Unus*

¹⁴⁸ S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », *Journal of Private International Law*, vol. 3, April 2007, p. 123-124.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 125-126.

*Shipping Co*¹⁵⁰ de 1939 que la clause n'était valide que si elle n'était pas illégale, n'était pas contraire à l'ordre public et n'avait pas été rédigé de mauvaise foi. Ainsi, loin de laisser le marché se réguler lui-même, cette approche imposerait deux limites à l'application de la loi choisie par les parties : l'existence d'un consentement authentique et le respect de l'ordre public, en anglais « *public policy*¹⁵¹ ».

Les critères du consentement varient entre les États, mais certains principes sont reconnus par tous. Ainsi, pour que le consentement soit caractérisé, il est généralement admis qu'une contrepartie doit être accordée, que les termes ne peuvent pas être en faveur d'une seule partie, que les termes du contrat doivent avoir été expressément exposés, qu'il n'y ait pas eu de violence pour forcer l'une des parties à contracter, etc. Il est en revanche plus difficile de prévoir dans quelles conditions une clause de choix de loi sera écartée pour non-respect de l'ordre public. En effet, ce dernier varie d'État en État, ce qui signifie pour une partie de la doctrine que cette méthode n'est pas adaptée pour protéger de manière efficace et prévisible les parties faibles¹⁵².

60. Les difficultés dans la mise en œuvre de l'ordre public. La détermination des situations où l'ordre public pourrait être utilisé pour écarter une clause de choix de loi constitue la première difficulté de mise en œuvre de cette approche. En effet, il n'est pas possible d'appliquer tous les ordres publics de tous les États ayant un lien avec un contrat, et il faut donc déterminer lequel de ces ordres publics va prévaloir¹⁵³. Le professeur Corr a identifié deux méthodes pour identifier l'ordre public qui limite une clause de choix de loi : la méthode moderne et la méthode traditionnelle¹⁵⁴. La méthode moderne consiste à déterminer quel État a le plus d'intérêts à ce que sa loi soit appliquée¹⁵⁵, tandis que la méthode traditionnelle applique l'ordre public de l'État où le fait créant le litige a eu lieu¹⁵⁶. La méthode moderne est souvent critiquée par la doctrine en ce qu'elle donne au juge une large marge de manœuvre afin de déterminer quel ordre public s'appliquera au contrat. Cette méthode empêche aussi le juge d'utiliser l'ordre public pour écarter une clause de choix de loi si la partie forte a créé des liens importants avec un État en particulier, par exemple en y faisant signer le contrat et en y ayant son siège social. Quant à la méthode traditionnelle, elle peut elle-aussi être instrumentalisée par la partie forte pour obtenir l'application de l'ordre public d'un État choisi¹⁵⁷. De surcroît, les règles de droit relevant de l'ordre public varient d'État en État et ne

¹⁵⁰ JCPC, 30 janvier 1939, *Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co*, n° UKPC 7.

¹⁵¹ L'expression « *public policy* », si elle ne correspond pas à la définition *stricto sensu* d'ordre public, est le concept se rapprochant le plus. En effet, l'expression « *public order* » revêt aux États-Unis une signification proche d'ordre constitutionnel, ce qui la rend impropre à l'utiliser comme traduction d'ordre public.

¹⁵² S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », *Journal of Private International Law*, vol. 3, April 2007, p. 120.

¹⁵³ Il convient de souligner que la possibilité même pour un État d'écarter une loi étrangère comme étant contraire à l'ordre public fut débattue pendant un temps. Certains considèrent cela comme « *an intolerable affectation of superior virtue* ». Voir G. SIMSON, « The Public Policy Doctrine in Choice of Law: A Reconsideration of Older Themes », *Washington University Law Quarterly*, 1974, p. 391, [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2684&context=law_lawreview].

¹⁵⁴ J. CORR, « Modern Choice of Law and Public Policy: The Emperor Has the Same Old Clothes », *Faculty Publications, William & Mary Law School Scholarship Repository*, 1985, p. 838, [<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1852&context=facpubs>].

¹⁵⁵ J. CORR, préc., p. 1.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵⁷ L'ordre public applicable au contrat étant celui du lieu où le fait créant un litige a pris place, il est possible pour une entreprise de, par exemple, faire signer le contrat sur le territoire d'un État dont les règles quant à la validité d'un contrat lui sont favorables.

sont pas toutes identifiées. Par ailleurs, toutes les règles de droit protégeant une partie faible se sont pas d'ordre public, ce qui rend incertaines les circonstances où le juge aura recours à cette limite à l'autonomie des parties. Enfin, cette approche place une charge de la preuve importante sur la partie faible, à qui il appartient de prouver que la loi choisie est contraire à l'ordre public, ce qui signifie des frais de conseil importants dans certains pays¹⁵⁸. Ainsi, si cette approche est la plus facile à mettre en place, elle est aussi la moins à même de protéger les parties faibles de manière prévisible et efficace.

61. La création d'un droit uniforme de protection minimum des parties faibles. La dernière approche envisagée est la plus récente et la plus difficile à mettre en œuvre. Elle consiste en la création d'un système de protection minimum reconnu par tous les États, rendant effectivement inutile la clause de choix de loi : si les parties faibles sont protégées d'une manière équivalente quelle que soit la loi choisie, il n'y a pas de possibilité d'abus. Toutefois, cette approche est difficile à mettre en place à une échelle mondiale, la professeure Sophia Tang souligne justement que, « *on a worldwide basis, with great differences in consumer laws between developing states and developed states, a compromise will be very hard to reach*¹⁵⁹ ». Il n'en demeure pas moins que les avantages de cette approche pour des régions où les États ont une tradition juridique commune rendent envisageable l'harmonisation voire la création d'un système de protection uniforme, efficace et prévisible.

II. – Les approches pour limiter les clauses de règlement des différends

62. Une question moins étudiée que celle des clauses de choix de loi. La question de l'équilibre entre l'autonomie de la volonté et la protection des parties faibles dans cadre d'un choix d'un *forum* ou d'un arbitre a été moins étudiée par la doctrine que la question de limiter le choix de la loi applicable. Non seulement il est plus difficile de nuancer la possibilité d'élire un for ou de désigner arbitre, mais le débat doctrinal s'est concentré pendant longtemps sur la possibilité même d'établir une clause d'élection de for ou d'arbitre.

63. La question de la possibilité même d'utiliser ces clauses. Le professeur Philippe Guez note en effet que, si une partie de la doctrine a admis assez tôt la possibilité pour les parties de choisir un juge, certains juristes étaient restés opposés à cette possibilité¹⁶⁰. L'opposition à la clause d'élection de for était souvent justifiée par le rattachement de la compétence du juge à l'ordre public et à la souveraineté, une assimilation qui n'est plus reconnue par la doctrine contemporaine¹⁶¹. La reconnaissance du recours à l'arbitre est relativement récente dans les ordres juridiques contemporains¹⁶². Aujourd'hui, la possibilité d'élire un for ou d'avoir recours à l'arbitrage est reconnue par la plupart des ordres juridiques et pour les parties faibles : le professeur Éric Loquin note que

¹⁵⁸ S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », préc., p. 121.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 132.

¹⁶⁰ P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, université Paris X, 2000, § 57.

¹⁶¹ P. GUEZ, *op. cit.*, § 58.

¹⁶² Voir notamment, T. CARBONNEAU, « Étude historique et comparée de l'arbitrage : Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *RIDC*, vol. 36, 1984, p. 727-781, [https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1984_num_36_4_1557].

« l'actualité jurisprudentielle montre pourtant que, de plus en plus, l'arbitrage international est présent dans des litiges internationaux mettant en cause des parties réputées faibles. Le consommateur est ainsi confronté aux périls réels ou supposés de l'arbitrage¹⁶³ ».

Ainsi, le recours à des clauses d'élection de for et des clauses compromissaires peut augmenter le risque d'atteinte aux intérêts d'une partie faible. Cette problématique a donc fait l'objet d'études par la doctrine, qui a conceptualisé plusieurs approches pour limiter le risque des clauses compromissaires ou d'élection de for pour la partie faible.

64. L'encadrement des clauses de règlement de différends. Trois approches pour limiter le risque que ce type de clauses peut créer pour la partie faible au contrat international ont été théorisées. La première approche est celle de l'interdiction du choix du *forum* en déterminant le juge compétent de manière objective, ou en donnant compétence au *forum* de la partie faible. Toutefois, comme pour la clause de choix de loi, cette approche fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, cette approche abandonne l'idée de trouver un équilibre entre l'autonomie de la volonté et la protection des parties faibles, elle présuppose la possibilité de déterminer l'ordre juridique compétent de manière objective dans des situations de plus en plus complexes et elle n'empêche pas les parties fortes de rendre compétent un *forum* déterminé en y concentrant les liens de rattachement. Afin de répondre à cette dernière critique, il serait possible de désigner comme compétent le *forum* de la partie faible. Cependant, pour tous les contrats où la partie faible réside dans un État ayant une justice moins développée que celle du pays de la partie forte, une telle règle serait à son détriment.

65. Le contrôle de la validité de la clause. La seconde possibilité consiste à contrôler la validité formelle et substantielle de la clause pour déterminer s'il convient de lui donner effet. Cependant, la protection des parties faibles par cette approche est très limitée. Pour ce qui est de la validité formelle, elle n'apporte presque pas de protection : il suffit que la clause soit accessible après sa signature¹⁶⁴, qu'elle respecte les règles de forme¹⁶⁵, qu'elle ait été signée¹⁶⁶. La validité substantielle de la clause d'élection de for peut, quant à elle, créer un minimum de protection pour les parties faibles. Les critères de validité substantielle varient de pays en pays, mais il est généralement admis que le consentement doit être authentique et que la clause ne soit pas irraisonnable, injuste ou abusive. Le critère de l'authenticité du consentement peut être difficile à invoquer dans la mesure où il est parfois difficile de prouver le dol ou l'abus de l'autre partie¹⁶⁷. Le caractère raisonnable et juste de la clause peut être appréhendé de plusieurs manières. Tout d'abord, il peut être vérifié en regardant le résultat

¹⁶³ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 17^e année, 2008, p. 135-164, [https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2008_num_17_2004_1172].

¹⁶⁴ Traditionnellement, il est attendu que la clause de sélection de *forum* soit rédigée et écrite. Cela peut créer une problématique pour certains contrats d'adhésion, notamment les contrats d'adhésion en ligne, où le critère semble donc s'être tourné vers la possibilité d'avoir accès à la preuve que la partie adhérent au contrat l'ait signé, voir S. TANG, « Exclusive choice of *forum* clauses and consumer contracts in e-commerce », *Journal of Private International Law*, 2005, p. 237-268.

¹⁶⁵ Il faut que la clause figure sur le contrat, dans une langue que l'autre partie comprend, qu'elle ne soit pas écrite dans une police illisible ou dans une teinte la rendant presque invisible. Dans des contrats par Internet, il est envisageable de ne pas renvoyer à toutes les clauses, mais de simplement insérer un lien.

¹⁶⁶ La nécessité de signer n'est plus aujourd'hui présente dans tous les ordres juridiques, mais demeure une marque de la connaissance et de l'acceptation de la clause par les deux parties.

¹⁶⁷ L'erreur est en droit français un autre critère du vice du consentement, mais elle n'est pas universellement reconnue comme étant de nature à vicier le consentement.

de la clause : si cette dernière est excessivement favorable pour une partie, certains ordres juridiques permettent au juge de l'écartier¹⁶⁸. Il est aussi possible de regarder les conditions de négociation de la clause de choix de loi : si la partie forte a de manière certaine abusé de sa position de dominance, la clause sera écartée¹⁶⁹. Néanmoins, s'en tenir à contrôler la validé formelle et substantielle de la clause d'élection de *for* est insuffisant pour une partie de la doctrine. Outre le fait que les critères contrôlés sont limités, la détermination de la loi qui serait applicable à cette clause, et donc déterminerait sa validité, fait encore aujourd'hui l'objet d'un débat doctrinal. La première option consiste à laisser chaque État établir ses propres critères, mais cela mène à un degré d'incertitude important¹⁷⁰. La seconde option est la création de règles de conflit de loi sur la question. Enfin, la troisième option propose la création de règles uniformes quant à la validité d'une clause d'élection de *for*. Peu importe quelle option est mise en œuvre, pour une large partie de la doctrine il n'est pas possible de s'en tenir à un simple contrôle de la validité de la clause si l'objectif est de garantir une protection efficace des parties faibles. C'est pourquoi certains auteurs proposent d'autres solutions innovantes.

66. Des solutions alternatives. Ces différentes propositions doctrinales ont en commun le fait qu'elles admettent toutes la possibilité d'un accord d'élection de *for*, mais imposent certaines conditions pour que cet accord puisse trouver effet.

Le professeur Phillippe Guez propose, par exemple, de « repenser la protection de la partie faible contre les clauses d'élection à partir de la notion de droit d'accès à la justice¹⁷¹ ». Cette approche vise à placer le droit fondamental d'accès à la justice au cœur de la protection de la partie faible¹⁷². L'auteur axe sa réflexion autour de l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁷³ (CEDH) à un litige de droit international privé¹⁷⁴. Ainsi, dans des contrats où la clause de juridiction limite la possibilité pour la partie faible de saisir la justice et donne lieu à un déni de justice, l'accord de sélection de *for* sera considéré comme violant un droit fondamental de la partie faible. Une limite majeure à une telle vision est qu'elle se limite aux situations où le juge saisi, qu'il soit désigné ou exclu, fasse partie d'un État membre à la Convention. Toutefois, cette proposition est intéressante dans la mesure où le droit d'avoir accès à la justice est un droit fondamental reconnu au-delà des frontières du Conseil de l'Europe¹⁷⁵, et pourrait donc être un moyen de commencer la réflexion sur un droit uniforme de protection des parties faibles dans ce domaine. Toutefois, il est intéressant sur l'efficacité de tels mécanismes dans la mesure où seules les clauses d'élection de *for* forçant une partie à renoncer à la possibilité de saisir un juge équitablement compétent pourrait être écartées par ce moyen¹⁷⁶. De plus, il n'est pas possible d'affirmer que les clauses d'élection de *for* sont

¹⁶⁸ S. TANG, « Exclusive choice of *forum* clauses and consumer contracts in e-commerce », préc., p. 252.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 252.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 250.

¹⁷¹ P. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, op. cit., § 214.

¹⁷² *Ibid.*, §§ 215-216.

¹⁷³ La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

¹⁷⁴ P. GUEZ, op. cit., §§ 219-231.

¹⁷⁵ Le droit à un procès équitable est consacré par la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples en ses articles 3, 7 et 26, dans la Convention américaine des droits de l'Homme aux articles 3, 8, 9 et 10.

¹⁷⁶ L. PAILLER, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », article inédit, 2020.

contraires aux droits fondamentaux en général, étant donné qu'elles ne sont qu'un accord entre les parties pour élire un juge et donc participent au droit à l'accès à ce dernier¹⁷⁷.

Une autre approche assez similaire est celle proposée par la professeure Sophia Tang qui considère que

« *the effectiveness of exclusive choice of forum clauses in consumer contract with certain conditions, is more reasonable, and it seems this approach has been widely accepted and is an international trend. According to this approach, exclusive choice of forum clauses in consumer contracts are prima facie ineffective, except in certain circumstances*¹⁷⁸ ».

Cette approche limite donc la possibilité pour les parties de choisir un *forum* à certaines situations, notamment de ne le faire qu'après que le litige ait débuté. Considérer les clauses de sélection de *forum* comme étant *prima facie* inefficaces fait reposer la charge de la preuve sur la partie chercherait à s'en prévaloir, et permettrait donc de protéger les parties faibles à qui ces clauses sont parfois imposées¹⁷⁹. Si ces critères conditionnant l'efficacité de l'élection de for peuvent être déterminés par une règle de droit¹⁸⁰, il est aussi envisageable de laisser une plus grande marge d'appréciation au juge¹⁸¹. Pour ce faire, ce dernier ne serait pas contraint de donner effet à une clause d'élection de for, et déciderait en fonction de multiples facteurs tel que la nature du litige, la localisation des témoins et des preuves, la loi applicable, la nationalité des parties, le lieu d'exécution de la prestation principale du contrat¹⁸²... Il prendrait aussi en compte des facteurs liés au *forum* choisi : l'indépendance de la justice dans ce pays, la compétence de ses tribunaux, le risque de discrimination en fonction de la race, la religion, le sexe des parties, etc. Deux inconvénients majeurs de cette approche sont toutefois à souligner. Tout d'abord, il est raisonnable de se demander dans quelle mesure un juge pourrait déterminer la compétence d'un *forum* autre que le sien, selon quels critères il pourrait considérer la justice d'un État souverain comme inadéquate pour connaître d'un litige. Cette problématique est importante car elle entre en conflit avec la souveraineté de chaque ordre juridique et risque de créer, à proprement parler, des conflits entre juridictions. Par ailleurs, donner trop de pouvoir au juge pour déterminer si une clause d'élection de for doit se voir donner effet ne permet pas de créer un système prévisible. Ainsi, si l'approche discrétionnaire de la validité de la clause d'élection de for semble raisonnable pour certains auteurs¹⁸³, elle demeure fondamentalement liée à une vision du droit issue de la *Common Law*, ce qui rend sa mise en œuvre problématique dans des ordres juridiques suivant d'autres traditions juridiques.

67. Le recours à une clause compromissoire. Concernant la clause compromissoire, son application à des contrats autres que commerciaux est débattue. En effet, le professeur Éric Loquin réfère à Motulsky qui écrivait que « l'arbitrage suppose un équilibre des forces et que partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie¹⁸⁴ ». Pourtant, la prolifération de clauses compromissoires, notamment dans des contrats de consommation en Amérique,

¹⁷⁷ L. PAILLER, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », préc.

¹⁷⁸ S. TANG, « Exclusive choice of *forum* clauses and consumer contracts in e-commerce », *Journal of Private International Law*, 2005, p. 256.

¹⁷⁹ À noter que le fait de considérer les clauses de sélection de *forum* comme étant inefficaces reste très débattu et représente une limite importante à la liberté contractuelle.

¹⁸⁰ S. TANG, préc., p. 256-258.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 259-263.

¹⁸² *Ibid.*, p. 258-263.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 263.

¹⁸⁴ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », préc., p. 135.

démontre que dans la pratique ces clauses sont déjà utilisées dans des contrats à partie faible¹⁸⁵. Afin de limiter les risques aux intérêts de celle-ci, il serait possible d'interdire la clause compromissoire pour ces contrats en réservant l'accès à l'arbitrage aux parties non suspectées de faiblesse, aux commerçants, aux professionnels en général. Pour certains auteurs,

« ce n'est pas tant le déséquilibre du rapport contractuel résultant de la présence d'une partie forte et d'une partie faible qui justifie l'interdiction de l'arbitrage que l'inadéquation de cette procédure aux litiges intéressant les parties faibles, quel que soit leur cocontractant¹⁸⁶ ».

Ainsi l'arbitrage devrait être inaccessible pour les parties faibles, y compris dans leurs relations contractuelles avec d'autres parties réputées faibles. L'avantage principal de cette approche radicale du traitement de la clause compromissoire est qu'elle empêche toute forme d'abus. Néanmoins, ce n'est pas forcément le cas : la logique de cette approche dépend fondamentalement de la capacité des ordres juridiques à définir ce qu'est une partie faible, et des parties qui ne sont pourtant pas des consommateurs, des salariés ou des assurés peuvent être faibles dans le contexte d'une clause compromissoire. Le professeur Andrea Doneff considère par exemple que la nature du commerce international contemporain met en position de faiblesse des parties qui ne sont pourtant pas réputées faibles, tel les professionnels¹⁸⁷. Cette critique peut aussi être appliquée aux approches envisageant de proscrire les clauses de choix de loi et de *forum*. Simplement les interdire dans certains cas ? contrats ? n'est pas suffisant dans la mesure où ces clauses pourront affecter des parties faibles à des contrats non visés par cette interdiction. De plus, certains auteurs considèrent que l'arbitrage, et tout particulièrement l'arbitrage international, devrait pouvoir régler un litige émanant d'un contrat à partie faible si celui-ci met en cause les intérêts du commerce international.

68. La présomption de validité de la clause compromissoire. La seconde approche admet donc la possibilité de donner effet à une clause compromissoire dans un contrat international à partie faible. La clause compromissoire est *prima facies* valide, et les parties faibles sont protégées par la mise en place de limites à cette validité. En vertu du principe de compétence-compétence, le tribunal arbitral se prononce sur l'arbitrabilité du litige, le juge étatique ne pouvant intervenir que dans le cadre de la procédure d'exequatur ou pour annuler la sentence. La problématique posée par cette approche est donc qu'elle force les parties faibles à saisir l'arbitre si une clause compromissoire existe, et cette saisine peut avoir des coûts importants.

69. L'arbitrage à la faveur de la partie faible. La troisième approche envisagée cherche à trouver un équilibre constructif : l'accès à l'arbitrage est possible, mais uniquement lorsqu'il n'est pas au détriment des intérêts de la partie faible, c'est pourquoi cette approche ne reconnaît l'efficacité que des clauses compromissoires dites unilatérales, aussi appelées clauses optionnelles. Elles sont définies en ces termes :

« Il s'agit alors d'une clause contractuelle au terme de laquelle une seule des parties est tenue par la clause d'arbitrage qui sera mise en œuvre à la demande de son partenaire. Ce dernier

¹⁸⁵ E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », préc., p. 135.

¹⁸⁶ E. LOQUIN, préc., p. 137.

¹⁸⁷ A. DONEFF, « Arbitration Clauses in Contracts of Adhesion Trap Sophisticated Parties Too », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2010, p. 235.

dispose, quant à lui, du privilège de choisir, une fois le litige né, entre la justice étatique et l'arbitrage. L'initiative de la procédure ne lui est toutefois pas exclusivement réservée¹⁸⁸ ».

Ce type de clause compromissoire permettrait aux parties de conserver le choix de l'arbitrage comme moyen de règlement des différends sans pour autant créer un risque pour la partie faible, qui serait alors la seule à pouvoir décider d'avoir recours ou non à l'arbitrage. Cette approche permettrait donc de ne pas supprimer le rôle de la volonté des parties pour avoir recours à l'arbitrage dans le cadre d'un contrat international à partie faible, en adaptant la clause compromissoire afin qu'elle soit plus favorable aux parties réputées faibles.

70. La doctrine a donc identifié de nombreuses méthodes pour protéger les parties faibles au contrat international. Si certaines sont radicales et proposent d'exclure complètement la possibilité pour les parties de choisir la loi ou le mode de règlement des différends, d'autres approches proposent des équilibres divers entre l'autonomie de la volonté et la protection des parties réputées faibles. Il est donc intéressant de voir comment ces méthodes ont été appropriées par les EU et l'Union européenne pour développer leur propre droit protégeant les parties faibles.

SECTION II. – LES APPROCHES RETENUES PAR LES ÉTATS-UNIS ET L'UNION EUROPÉENNE

71. Tandis que l'UE explore plusieurs de ces approches simultanément afin de créer un droit adapté (I), les États-Unis oscillent entre le *laissez-faire* et la création d'un droit matériel uniforme (II).

I. – L'utilisation d'approches diverses par l'UE

72. L'absence de coordination entre les instruments européens. L'UE a été active dans le domaine du droit international privé. Si l'Union a identifié le problème posé par le manque de protection des parties faibles, il n'existe cependant pas d'approche coordonnée entre les différents instruments européens pour protéger les parties faibles au contrat international.

73. Les origines du droit européen protégeant les parties faibles. Le droit de l'Union encadrant les contrats internationaux trouve ses origines dans les conventions de Rome¹⁸⁹ et de Bruxelles¹⁹⁰, devenues respectivement règlement Rome I et Bruxelles I refondu. Les instruments européens en vigueur protègent les parties faibles en s'inspirant de quatre des approches doctrinales mentionnées précédemment. Tout d'abord, le droit européen proscrit le recours à une clause de choix de loi, de juridiction ou à une clause compromissoire dans certains domaines. C'est notamment le cas pour les obligations non contractuelles, avec l'article 14, § 1,) du règlement Rome II qui dispose que :

« 1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle : a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ; ou b) lorsqu'elles exercent

¹⁸⁸ O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage*, Paris, PUF, « Publications de l'Institut universitaire des hautes études internationales – Genève », 2010, chap. 1^{er}, § 70.

¹⁸⁹ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* n° C 27 du 26 janvier 1998, p. 34.

¹⁹⁰ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 299 du 31 décembre 1972, p. 32.

toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage¹⁹¹ ».

Cette exclusion de la possibilité de choisir la loi applicable¹⁹², si elle ne s'applique pas aux obligations contractuelles, montre que l'Union reconnaît l'efficacité de cette approche mais n'y a pas recours de manière automatique. Cette approche se retrouve aussi en droit des obligations alimentaires pour les personnes de moins de dix-huit ans, domaine où il n'est ni possible de choisir la loi applicable¹⁹³ ni le *forum* compétent¹⁹⁴. Toutefois, cette solution est peu employée par l'Union, qui préfère d'autres approches.

74. Limiter les lois pouvant être choisies. En effet, pour ce qui est de la loi applicable aux contrats d'assurance par exemple, le droit européen limite le choix de loi à certaines lois visées par le règlement Rome I. Il en va de même pour la loi applicable aux obligations alimentaires¹⁹⁵, ainsi que pour les clauses d'élection de for dans ce domaine¹⁹⁶.

Pour la loi applicable aux contrats de consommation et de travail, le droit européen adopte l'approche considérée comme la plus efficace : l'application de la loi la plus favorable à la partie faible. Les articles 6, § 2, et 8, § 1, du règlement Rome I sont les exemples les plus connus de mise en œuvre de cette approche et disposent que le choix de loi par les parties ne

¹⁹¹ Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE* n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 40, art. 14.

¹⁹² À noter qu'il est possible de contourner cette exclusion de la possibilité de choisir une loi pour les obligations non-contractuelles. L'article 14, § 3, du règlement Rome II dispose que, « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ». Ainsi il est possible de lier la loi applicable à une obligation contractuelle à celle applicable à un contrat, ce qui permettrait de choisir *ex ante* une loi.

¹⁹³ L'article 8, § 3, du Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires dispose que « le paragraphe premier ne s'applique pas aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de dix-huit ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts », le paragraphe premier susvisé donnant justement la possibilité aux parties de choisir la loi applicable. Le Protocole s'applique en vertu de l'article 15 du règlement obligations alimentaires qui dispose que « la loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé « le Protocole de La Haye de 2007 ») pour les États membres liés par cet instrument ».

¹⁹⁴ L'article 4, § 3, du règlement obligations alimentaires dispose que « le présent article n'est pas applicable dans un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans », l'article susvisé donnant la possibilité aux parties d'élire un for.

¹⁹⁵ L'article 8, § 1, du Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires dispose que : « 1. Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, à tout moment, désigner l'une des lois suivantes pour régir une obligation alimentaire : a) la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ; b) la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ; c) la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ; d) la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation ».

¹⁹⁶ L'article 4, § 1, du règlement obligation alimentaire liste les juridictions pouvant être choisies : « 1. Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles : a) une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle ; b) une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité ; c) en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux : i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou ii) une juridiction ou les juridictions de l'État membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an ».

peut retirer au consommateur ou au travailleur de la protection qui lui est accordée par une règle de droit impérative de la loi applicable en cas d'absence de choix de loi. Le Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires limite le choix de loi des parties si ce dernier « entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties¹⁹⁷ ». De même, les clauses d'élection de for pour les contrats de consommation, de travail et d'assurance ne peuvent se faire qu'à l'avantage de la partie faible dans ces relations contractuelles.

75. Lois de police en droit européen. Par ailleurs, l'Union reconnaît l'efficacité des lois de police. Ainsi l'application de dispositions protectrices par ce biais permet de protéger les parties faibles. Cette possibilité se trouve à l'article 9 du règlement Rome I, mais aussi pour les agents commerciaux indépendants, comme l'explique la CJUE dans l'arrêt *Ingmar*¹⁹⁸. Toutefois, il convient de s'interroger sur la portée de cet arrêt, étant donné que la Cour a décidé ainsi dans le but « de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur¹⁹⁹ ». Ainsi il est possible de se demander si c'est véritablement la faiblesse de l'agent commercial qui a mené à la reconnaissance de ce mécanisme de loi de police et si une clause portant atteinte aux intérêts de l'agent sans atteindre la liberté d'investissement ou la concurrence pourrait être, elle aussi, écartée par l'application des dispositions protectrices de l'agent commercial.

Concernant l'arbitrage international, les instruments mentionnés précédemment visant à protéger les parties faibles excluent de leur champ d'application ce mode de résolution des différends.

76. Droit uniforme protégeant les parties faibles. Enfin, l'Union européenne a aussi, au travers de multiples directives, cherché à créer un droit matériel garantissant une protection minimale uniforme sur l'ensemble du territoire européen, privant de son intérêt la clause de choix de loi ou de *forum*. Concernant les consommateurs, diverses directives mettent en place des systèmes de protection de ces derniers : la directive 2001/95/CE²⁰⁰ oblige les produits de consommations à contenir certaines informations destinées à compenser l'asymétrie entre les parties dans ce domaine ; des exigences de sécurité sont énoncées par les directives 2009/48/UE²⁰¹, 2008/43/CE²⁰², 2004/57/CE²⁰³ pour certains produits de consommation ; la directive 2000/31/CE²⁰⁴ met en place un système de

¹⁹⁷ Article 8, § 5, du Protocole.

¹⁹⁸ CJUE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c/ Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff. C-381/98.

¹⁹⁹ CJUE, 9 novembre 2000, point 24.

²⁰⁰ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, *JOUE* n° L 11, du 15 janvier 2002, p. 4.

²⁰¹ Directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, *JOUE* n° L 170 du 30 juin 2009, p. 1.

²⁰² Directive 2008/43/CE de la Commission du 4 avril 2008 portant mise en œuvre, en application de la directive 93/15/CEE du Conseil, d'un système d'identification et de traçabilité des explosifs à usage civil, *JOUE* n° L 94 du 4 avril 2008, p. 8.

²⁰³ Directive 2004/57/CE de la Commission du 23 avril 2004 sur l'identification des articles pyrotechniques et de certaines munitions aux fins de la directive 93/15/CEE du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil, *JOUE* n° L 127 du 29 avril 2004, p. 73.

²⁰⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 178 du 7 juillet 2000, p. 1.

responsabilité des fournisseurs pour des services en ligne ; le règlement 924/2009²⁰⁵ assure que les frais de paiement en ligne soient similaires dans tous les pays de l'Union ; la directive relative aux droits des consommateurs 2011/83/UE²⁰⁶ régit le droit de rétractation et vise à harmoniser les droits nationaux ; la directive 2005/29/CE²⁰⁷ prohibe les pratiques commerciales déloyales, trompeuses et agressives comme le harcèlement, la contrainte ou l'influence injustifiée et définit strictement les conditions de publicité comparative ; la directive 99/34/CEE²⁰⁸ établit le principe de responsabilité du producteur pour produit défectueux ; la directive 2008/48/CE²⁰⁹ concerne les contrats de crédit à la consommation et liste les informations qui doivent être transmises au consommateur ; la directive 2013/11/UE²¹⁰ développe un système de règlement extrajudiciaire des différends entre consommateurs et professionnels devant des entités fiables. Pour les travailleurs, la directive 2003/88/CE²¹¹ impose aux États membres de l'UE de garantir aux travailleurs sur leur territoire un travail hebdomadaire limité, des temps de pause et de congé ; plus récemment, la directive 2019/1152²¹² garantit l'accès à certaines informations pour les travailleurs et établit des conditions minimales de travail. Enfin, pour les contrats d'assurance, la directive 2016/97²¹³ vise à renforcer la transparence du conseil des entreprises d'assurance, met en place une surveillance des pratiques du domaine, crée de nouvelles exigences organisationnelles pour les fournisseurs d'assurance.

Toutes ces directives ont pour but de créer un droit matériel uniforme apportant un minimum de protection pour les parties réputées faibles dans l'Union européenne, *de facto* réduisant les risques d'une atteinte à leurs droits par une clause de choix de loi ou de *forum*.

77. Évaluation de l'utilisation d'approches multiples. Pour certains juristes, la diversité des approches employées par l'Union européenne ne souligne pas la capacité d'adaptation du législateur européen, mais plutôt son incapacité à créer un ensemble cohérent. La professeure Giesela Ruhl conclut en effet que :

« the protection of weaker parties in the private international law of the European Union is not built on a cohesive foundation. [...] As has been seen, the European legislator protects various

²⁰⁵ Règlement 924/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté et abrogeant le règlement 2560/2001, *JOUE* n° L 266 du 9 octobre 2009, p. 11.

²⁰⁶ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant les directives 93/13/CEE et 1999/44/CE, *JOUE*, n° L 304, 2011, p. 64.

²⁰⁷ Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JOUE*, n° L 382, 1986, p. 17.

²⁰⁸ Directive européenne n° 99-34 du 10 mai 1999 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85-374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOUE* n° L 141 du 4 juin 1999, p. 20.

²⁰⁹ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, *JOUE* n° L 133 du 22 mai 2008, p. 66.

²¹⁰ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JOUE* n° L 165 du 18 juin 2013, p. 63.

²¹¹ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE* n° L 299 du 18 novembre 2003, p. 9.

²¹² Directive 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, *JOUE* n° L 186 du 11 juillet 2019, p. 105.

²¹³ Directive 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances, *JOUE* n° L 26 du 2 février 2016, p. 19.

*categories of presumably weaker parties from the dangers of party autonomy. However, weaker parties are not protected across the board*²¹⁴ ».

À l'inverse, aux États-Unis, il semblerait que le législateur fédéral fasse un effort conscient afin de ne pas avoir à réguler ce domaine.

II. – L'approche étasunienne entre laisser-faire et protection uniforme

78. L'absence de texte encadrant la protection des parties faibles. Le gouvernement fédéral américain a la compétence pour réglementer le commerce entre les États fédérés et le reste du monde et celui entre les États fédérés eux-mêmes depuis sa création. Toutefois, cette compétence a été utilisée avec parcimonie pour les questions relatives aux conflits de lois et de juridictions. Les conflits de juridictions en sont à proprement parler aux États-Unis en raison de la doctrine du *forum non conveniens*. Dans cette approche de la compétence juridictionnelle, la clause d'élection de for est généralement admise, mais ne constitue qu'un seul indice parmi d'autres qui permettent de déterminer la juridiction compétente. Néanmoins, il n'existe à ce jour par de texte fédéral visant à réglementer les conflits de juridiction et les clauses d'élection de for.

79. L'encadrement des clauses de choix de loi. Concernant les conflits de lois, le droit étasunien est aussi en grande partie jurisprudentiel et a fortement évolué depuis le XVIII^e siècle. Le premier *Restatement of Conflict of Laws* est complété en 1934 et fait état de la jurisprudence étasunienne de l'époque. La possibilité de choisir une loi était marginale et, en grande partie, ce qui déterminait la loi applicable était la localisation du fait générateur du litige²¹⁵. Toutefois, les rapporteurs du projet pour un troisième *Restatement of Conflict of Laws* notent que

*« by the time the First Restatement was completed, in 1934, territorialism was already under attack by academic critics. In subsequent decades, it was abandoned by significant numbers of courts, in what is generally called the American "choice-of-law revolution"*²¹⁶ ».

Ainsi, la jurisprudence étasunienne a évolué entre le premier et le second *Restatement*, qui est publié en 1969. Les sections 187 et 188 du *Restatement* montrent l'approche actuelle du droit étasunien pour limiter les choix de lois : il faut que la loi choisie présente un lien avec la relation entre les parties. Toutefois, aucun système de protection dédié aux parties faibles n'est reconnu par la jurisprudence telle qu'elle est représentée par le *Restatement (second) of conflict of laws*, qui ne différencie pas entre parties faibles, fortes, professionnels ou non. Après ce second *Restatement*, les clauses de choix de loi ont proliféré, une statistique mise en exergue par une étude 2018 qui a estimé à 74 le pourcentage des contrats ayant une clause de choix de loi : *« At the same time, clauses that specify the governing law are very common, appearing in 74% of the contracts*²¹⁷ ». Le gouvernement fédéral américain a donc profité du développement de l'*Uniform Commercial Code* pour y inclure des règles encadrant la possibilité de choisir une loi.

²¹⁴ G. RUHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union: a Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, p. 357.

²¹⁵ *Restatement (first) Conflict of Laws*, §208-310 - §377 pour la responsabilité extra-contractuelle.

²¹⁶ K. ROOSEVELT, L. LITTLE, C. WHYTOCK, « Project for a new restatement of conflict of laws », *The American Law Institute Advisor*, [<http://www.thealiadviser.org/conflict-of-laws/>].

²¹⁷ J. NYARKO, « We'll See You in ... Court! The Lack of Arbitration Clauses in International Commercial Contracts », *International Review of Law and Economics*, vol. 58, 2019, p. 6-24.

80. L'absence de volonté de protéger spécialement les parties faibles. Cependant, il semblerait qu'il y ait eu un effort conscient du législateur américain au début du XXI^e siècle afin de ne pas créer un système de protection spécial pour les parties faibles. En 2001, la nouvelle proposition pour la section §1-301 de l'*Uniform Commercial Code* mentionnait le consommateur et créait un régime spécifique pour les clauses de choix de loi dans les contrats de consommation²¹⁸. Mais cette version n'est jamais rentrée en œuvre et la version en vigueur ne crée pas de régime spécial pour les consommateurs²¹⁹. La limite à l'efficacité des clauses de choix de loi aux États-Unis semble donc être limitée à l'existence d'un lien entre la loi choisie et le litige.

De manière similaire, le *Federal Arbitration Act* (FAA) est extrêmement favorable à l'arbitrage :

« *Unlike arbitration laws in some other countries, the FAA does not contain extensive regulations on the necessary components and formalities of arbitration agreements. Instead, subject to the country's pro-arbitration policy, arbitration agreements in the United States are treated like other commercial contracts: courts look to generally applicable principles of contract law to interpret and give effect to arbitration agreements*²²⁰ ».

81. La mise en place d'un minimum de protection. Par ailleurs, le gouvernement fédéral américain a lui aussi cherché à établir une protection minimale et uniforme de certaines catégories de personnes, *de facto* réduisant les risques intrinsèquement liés au *laissez-faire* de la méthode principale employée. Concernant les employés par exemple, le *Fair Labor Standards Act*²²¹ (FLSA) entré en vigueur en 2009 fixe un salaire minimum, des horaires de temps supplémentaire maximum, des horaires adaptés à la charge de travail ; le *Occupational Safety and Health Act*²²² (OSHA) régule les conditions de travail, notamment le respect des normes de sécurité et de construction ; certains régimes sont plus précis et protègent des sous-catégories d'employés, comme le *Longshore and Harbor Worker's Compensation Act*²²³ protégeant les marins, le *Energy Employees Occupational Illness Compensation Program Act*²²⁴, le *Black Lung Benefits Act*²²⁵. Pour les consommateurs, la section 5 du *Federal Trade Commission Act*²²⁶ prohibe les tactiques injustes ou trompeuses ; le *Fair Credit Reporting Act*²²⁷ régule la récupération des informations de crédit des consommateurs dans le but de garantir la précision de ces données et la vie privée des consommateurs.

²¹⁸ S. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolter Kluwers, 2008, p. 216.

²¹⁹ *Uniform commercial Code*, section 1-301, [<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-301>].

²²⁰ C. PAPARELLA, J. BEN-ASHER et J. AMADEO, « International Arbitration – USA », dans J. TIRADO, *International Arbitration Laws and Regulations 2020*, [<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-301>].

²²¹ 29 U.S.C., §§ 203 et suiv., [<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29>].

²²² 29 U.S.C., ch. 15, §§ 651 et suiv.

²²³ 33 U.S.C., ch. 18, §§ 901-980.

²²⁴ 42 U.S.C., §§ 7384 et suivants.

²²⁵ 30 U.S.C., ch. 22, §§ 921-925 et 30 U.S.C., ch. 22, §§ 931-945.

²²⁶ 15 U.S.C., § 45.

²²⁷ 12 U.S.C., §§ 1830-1831 ; 15 U.S.C., §§ 1681 et suiv.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

82. L'objectif de cette première partie était de déterminer d'un point de vue théorique quelle approche était employée par les EU et l'UE pour définir et protéger les parties faibles. Plusieurs points sont à relever.

Premièrement, la question même de la définition d'une partie faible est complexe et sujette à de nombreux débats. Définir le concept de manière trop large, comme aux EU, ou de manière trop stricte, comme dans l'UE, a des conséquences importantes sur le modèle de protection pouvant être mis en place. L'approche étasunienne consistant en une large marge d'appréciation au juge met en exergue un inconvénient récurrent du droit étasunien : l'imprévisibilité de sa mise en pratique. À l'opposé, l'identification de groupes de parties réputées faibles par l'Union européenne exclut *de facto* des parties faibles du régime de protection.

Ensuite, il convient de souligner que la doctrine a étudié de manière abondante le sujet des clauses de choix de loi, de juridiction et les clauses compromissaires dans le cadre des contrats internationaux à partie faible. Ces études doctrinales ont identifié les défauts de certaines approches, c'est pourquoi les EU et l'UE ne se concentrent pas sur une approche en particulier mais tentent d'en mettre en œuvre plusieurs à la fois. Il est à noter que les deux groupements d'États ont développé un droit matériel uniforme visant à protéger les parties faibles. Toutefois, cela est moins efficace aux États-Unis que dans l'UE car, comme le présent mémoire l'étudie en deuxième partie, il est facile pour une partie forte étasunienne de choisir une loi ou un *forum* en dehors de l'Union, rendant ces mesures de protection inutiles.

83. Enfin, il serait possible de penser que, puisque les EU n'ont pas de régime dédié aux parties faibles, la protection accordée à ces dernières en pratique est inférieure à celle accordée par l'Union. Or le régime de droit commun américain pour les clauses de choix de loi et de juridiction et les clauses compromissaires limite plus l'autonomie de la volonté des parties que le régime commun européen. Dès lors, il convient de regarder comment ces approches ont été implémentées et comment les parties faibles sont protégées en pratique aux EU et dans l'UE.

DEUXIÈME PARTIE. – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

84. À présent que la théorisation de la protection de la partie faible a été analysée, il convient d'étudier comment les approches retenues se traduisent dans la pratique. En effet, non seulement ces approches ont été plus ou moins bien implémentées aux EU et dans l'UE, mais l'interprétation jurisprudentielle rend nécessaire l'étude de l'application des textes à des situations pratiques. Ainsi l'évaluation concrète de la protection des parties faibles dans l'UE et aux EU met en évidence les divergences entre ces deux droits lorsqu'ils sont appliqués à des situations similaires (Chapitre I). Toutefois, une convergence entre le droit étasunien et le droit communautaire est à envisager, dans la mesure où combiner leurs mécanismes permettrait de créer une protection plus complète (Chapitre II).

CHAPITRE II. – L'EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION CONCRÈTE DES PARTIES FAIBLES

85. Critères d'évaluation de la protection des parties faibles. Afin de comparer la protection des parties faibles entre les EU et l'UE, il convient de s'interroger sur les mécanismes des systèmes de protection mis en place et sur leur efficacité dans la pratique. Pour ce faire, il convient d'étudier, dans des situations similaires, quel droit limite le plus les clauses de choix de loi et de *forum* et clauses compromissaires. Ainsi un droit sera considéré plus efficace dans la protection des parties faibles lorsqu'il limite la possibilité du recours aux clauses de choix de loi, d'élection de for et clauses compromissaires pour les contrats à parties faibles. En effet, ces clauses créant un risque important pour celles-ci, les limiter permet de réduire voire d'éliminer ce risque. Un droit atteindrait donc cet objectif de manière idéale en encadrant strictement le recours à ces clauses pour tous les contrats où l'une des deux parties est dans une position socioéconomique de faiblesse.

86. Pour les clauses de choix de loi, il semble que la protection garantie par le droit européen est plus complète que celle garantie par l'approche étasunienne (Section I). Quant aux clauses d'élection de for, si leur traitement semble similaire dans les deux ordres juridiques, dans la pratique le droit étasunien peine à créer une protection aussi stable, prévisible et efficace que le régime européen (Section II).

SECTION I. – LES DIVERGENCES DANS LE TRAITEMENT DES CLAUSES DE CHOIX DE LOI

87. Les limites à l'insertion d'une clause de choix dans un contrat à partie faible aux EU font l'objet de débats doctrinaux récents dans la mesure où certains juristes considèrent le droit étasunien actuel comme inefficace (I). Au contraire, les approches adoptées par l'Union européenne semblent garantir une protection complexe certes, mais surtout efficace (II).

I. – La protection large mais superficielle du droit américain

88. Les limites à la possibilité de choisir une loi. La section 187 du *Restatement (Second) of Conflict of Laws* consacre le principe de validité de la clause de choix de loi. Le paragraphe 2 de cette section dispose que :

« (2) *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties*²²⁸ ».

Cette section consacre l'approche mentionnée en première partie consistant à imposer une limite aux lois pouvant être choisies. Ainsi, pour qu'une clause de choix de loi soit valide, il faut qu'elle présente un « lien substantiel » avec les parties et ou ait une justification raisonnable ; qu'elle ne soit pas contraire à une politique publique fondamentale de l'État du for lorsque les intérêts à s'appliquer de l'ordre public de l'État du for sont plus importants que ceux de l'État dont la loi a été choisie. Certes, il serait possible de penser à première vue que la protection garantie par cette section est suffisante en raison des multiples circonstances permettant à un juge d'invalider un choix de loi. Or l'interprétation jurisprudentielle a évolué depuis la rédaction du *Restatement*, et l'utilisation contemporaine de cette section semble être insuffisante pour protéger efficacement les parties faibles²²⁹.

89. L'interprétation du « lien substantiel ». La première difficulté dans la mise en œuvre de cette section tient à l'interprétation jurisprudentielle de ce qui constitue un « lien substantiel ». En effet, l'absence d'un tel lien est très rarement reconnue par le juge américain, le professeur William Woodward note que

« *for negotiated contracts, the substantial relationship restriction seldom invalidates a choice of law by the parties. There is, of course, a scattering of cases where the courts have invalidated a choice of law as having an insufficient relationship with the parties or their contract, but most of these cases can be understood either as freak cases or cases where superseding events effectively separated the selected law from the parties and their contract*²³⁰ ».

Ainsi les exigences pour qu'un lien substantiel soit caractérisé sont basses, dans la mesure où il suffit qu'une seule des parties ait un lien avec l'État dont la loi a été choisie pour que l'existence lien substantiel soit admise. Le professeur Symeon Symonides dédie une partie de son étude des clauses de choix de loi de 2016 aux affaires où un juge a appliqué la section 187 du *Restatement* en se basant sur l'absence de lien substantiel²³¹. L'auteur souligne la rareté de telles affaires²³² et ne cite que *Bank of America, N.A. v. Lahave*²³³. Toutefois, dans cette affaire, la Cour ne s'est pas contentée de souligner l'absence de liens pour justifier son jugement²³⁴ et, « *for the sake of the argument*²³⁵ », trouve d'autres bases pour écarter la clause de choix de loi. Cette affaire démontre donc bien l'hésitation des juges à user de cette

²²⁸ *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 187 (2), 1971.

²²⁹ J. CAMAROTE, « The Need to Apply Unconscionability Directly to Choice-Of-Law Clauses », *Seton Law Review*, vol. 39, 2009, p. 609-610.

²³⁰ W. WOODWARD, « Constraining Opt-Outs: Shielding Local Law and Those It Protects from Adhesive Choice of Law Clauses », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 9, 2006, p. 27, [<https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol40/iss1/2>].

²³¹ S. SYMEONIDES, « Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey », *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, n° 2, 2017, p. 49.

²³² *Ibid.*

²³³ California Court of Appeal, 21 mars 2016, 2016 WL 1090176, non publiée.

²³⁴ S. SYMEONIDES, préc., p. 50.

²³⁵ California Court of Appeal, préc., § 5.

section pour écarter un choix de loi. La Cour d'appel de Californie a par exemple affirmé que le lieu d'incorporation d'une entreprise constituait un lien suffisant pour choisir la loi de l'État d'incorporation, même si cela était le seul indice de rattachement²³⁶.

90. Écarter les clauses de choix de loi en invoquant le respect des « *fundamental policies* » du for. La limite imposée à l'autonomie de la volonté par la préservation des « *fundamental policies* » du for constitue un outil important et *a priori* efficace pour protéger les parties faibles²³⁷. Cependant, le seuil pour mettre en œuvre cette exception à l'application de la loi choisie est particulièrement élevé :

« *Would have to show that her home state's law would have applied in the absence of a choice of law clause and that her state's unconscionability (or other consumer-protective contract law) principles were "fundamental policy" in her own state. The cases reveal very few such challenges to choice of law clauses*²³⁸ ».

Le fait que peu d'affaires invalident une clause de choix de loi en application de cette partie de la section 187²³⁹ démontre la réticence du juge américain à écarter une clause de choix de loi par ce moyen²⁴⁰. Il y a donc un décalage entre la théorie du contrôle des clauses de choix de loi par le juge et la pratique : si l'exception à l'application de telles clauses par l'absence de lien substantiel ou par l'atteinte à une « *fundamental policy* » d'un État devrait permettre de les écarter dans les situations où ces clauses portent atteinte aux intérêts d'une partie faible, dans la pratique, ces exceptions sont peu utilisées²⁴¹.

91. Évaluation de la protection des parties faibles dans le cadre des clauses de choix de loi. Dès lors, au vu de la jurisprudence étasunienne, il n'est pas possible d'affirmer que le système de protection américain, appliquant aux parties faibles le régime commun de détermination de la validité des clauses de choix de loi est stable, efficace et prévisible dans la pratique. Les règles énoncées dans le *Restatement* sont interprétées strictement par les juges qui hésitent à limiter l'autonomie de la volonté, créant un régime impliquant des risques importants pour les parties faibles. À l'opposé, le droit de l'Union est codifié et fait l'objet d'une interprétation uniforme par la CJUE, ce qui semble plus avantageux pour les parties faibles.

II. – La stabilité et la prévisibilité du modèle de protection européen

92. Rappel des régimes de protection européens. Comme mentionné en première partie, le règlement Rome I²⁴² crée un régime de protection spécial pour les consommateurs,

²³⁶ California Court of Appeal, 23 février 1998, *Application Group, Inc. v. Hunter Group, Inc.*, A07152.

²³⁷ W. WOODWARD, « Constraining Opt-Outs: Shielding Local Law and Those It Protects from Adhesive Choice of Law Clauses », p. 28.

²³⁸ *Ibid.*, p. 29.

²³⁹ Il est à noter que certains juges tentent d'avoir recours à cette exception. Il est possible de citer l'arrêt de la Cour d'appel du Texas et son arrêt *Merritt, Hawkins & Associates, LLC v. Caporicci*, 2 mai 2016, WL 1757251 ou encore l'arrêt *Dancor Const., Inc. v. FXR Const., Inc.*, 64 N.E.3d 796, du 29 septembre 2016 du 2^e district de l'Illinois.

²⁴⁰ L'exception de *fundamental policy* est surtout utilisée dans des contrats de travail, mais reste marginale. S. SYMEONIDES, « Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey », p. 43-47.

²⁴¹ Ce décalage entre théorie et pratique est discuté plus en profondeur dans la Section II du Chapitre I du Titre II de cette même partie.

²⁴² Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE n° L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

les assurés, les travailleurs. Les mécanismes des systèmes de protection sont différents pour chacun de ces groupes.

93. La protection des consommateurs dans le règlement Rome I. Les consommateurs sont protégés par la règle de conflit de loi du règlement Rome I, mais font aussi l'objet d'une protection par des « techniques impératives²⁴³ », dans le but de pallier les insuffisances de l'article 6 du règlement. L'objectif de ce dernier est de créer une règle de conflit de loi évitant le rattachement objectif systématique à la loi du lieu d'établissement du professionnel, débiteur de la prestation caractéristique²⁴⁴. En effet, le paragraphe 1 dispose que :

« Un contrat conclu par une personne physique, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle ».

Si les parties choisissent une loi, toutefois, la loi choisie ne peut pas priver le consommateur de la protection qui lui est accordée par la loi de sa résidence habituelle²⁴⁵. Mais, comme mentionné dans la première partie, cette approche de comparaison entre deux lois peut être complexe, ce qui favorise les professionnels capables d'avoir un conseil juridique important.

94. Les autres mesures protégeant les consommateurs. Pour pallier ces défauts, le droit de l'Union renforce la protection des consommateurs par d'autres moyens. Tout d'abord, concernant la clause de choix de loi en elle-même, la CJUE affirme que celle-ci doit être explicite et non être contenue dans les conditions générales de vente²⁴⁶. De plus, l'UE a développé un droit matériel pour le contrat de consommation européen, en raison de sa mission d'assurer « un niveau élevé de protection des consommateurs²⁴⁷ ». Par ailleurs, l'article 3, § 4, du règlement Rome I a généralisé le standard de protection européen pour les contrats rattachés à des États membres en maintenant l'application des dispositions impératives européennes en cas de choix d'une loi étrangère²⁴⁸. Cet article garantit l'application des règles de droit d'origine européenne protégeant les parties faibles pour les contrats européens, s'assurant donc du maintien d'une protection minimale. Toutefois, si l'UE tempère certains défauts de l'approche qu'elle emploie pour protéger les consommateurs, elle n'a pas su remédier à la complexité du droit de l'UE dans la matière. En effet, « un grand regret de la transformation de la Convention de Rome en règlement Rome I aura été son incapacité à simplifier cet état du droit²⁴⁹ ». Enfin, les mécanismes de protection mis en place

²⁴³ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 717.

²⁴⁴ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *op. cit.*, p. 718.

²⁴⁵ À condition que le professionnel exerce son activité dans un pays où le consommateur a sa résidence habituelle ou dirige son activité vers d'autres pays. L'article 6 du règlement dispose que « ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1 ».

²⁴⁶ CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c/ Amazon UE*, aff. C-191/15, §§ 61-71.

²⁴⁷ Traité instituant les Communautés européennes, art. 153.

²⁴⁸ Art. 3, § 4, du règlement Rome I : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ».

²⁴⁹ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAAZOUZI, *op. cit.*, p. 729.

par l'article 6 ne s'appliquent pas à tous les contrats de consommation, notamment les baux d'immeubles, contrats de transports²⁵⁰.

95. La protection des travailleurs dans le règlement Rome I. L'article 8 du règlement Rome I s'applique à tous les contrats individuels de travail²⁵¹. Les mécanismes de cet article sont eux aussi complexes. Le principe reste l'autonomie de la volonté et la possibilité de choisir une loi : « Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3 ». Comme pour les contrats de consommation, la loi choisie ne peut pas avoir pour « résultat de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix²⁵² ». Cependant, la détermination de la loi applicable à défaut de choix n'est pas aussi simple que dans le cas des contrats de consommation : l'article 8, § 2, du règlement dispose que le contrat est régi par la loi « du pays [...] à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail ». Si déterminer ce lieu n'est pas possible, c'est la loi du pays dans lequel est situé l'établissement d'embauche qui s'applique, ce qui permet une certaine harmonie avec détermination de la compétence judiciaire²⁵³. La CJUE a précisé ce qui constituait le lieu habituel d'accomplissement du travail et a marginalisé le recours au lieu d'embauche dans ses arrêts *Jan Voogsgeerd*²⁵⁴ et *Heiko Koelzsch*²⁵⁵.

96. Les limites de cette protection. Il n'en demeure pas moins que la protection des travailleurs connaît des difficultés dans sa mise en œuvre. L'UE ne résout pas la problématique de la complexité de son système. Cette dernière a toutefois moins d'impact dans le domaine des contrats de travail. Les enjeux sont suffisants pour qu'un employé saisisse la justice malgré les complexités systémiques. Par ailleurs, les juges des États membres ont parfois interprété les dispositions de l'article 8 du règlement sans respect des techniques juridiques, dans le but d'appliquer leur loi à leurs ressortissants²⁵⁶. Cela s'explique par le caractère imprécis de ce qui constitue une loi plus favorable²⁵⁷ et par la possibilité pour les juges étatiques d'appliquer la clause d'exception si le contrat présente des liens plus étroits avec un pays²⁵⁸. Par ailleurs, la Cour de justice a précisé cette notion de liens étroits dans son arrêt *Shlecker*²⁵⁹ et affirme que cette exception ne doit pas mener « à l'application, dans tous les

²⁵⁰ Article 6, § 4, du règlement Rome I : « Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas : a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ; b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (15) ; c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ; d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier ».

²⁵¹ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., p. 685.

²⁵² Règlement Rome I, art. 8, § 1.

²⁵³ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *op. cit.*, p. 686.

²⁵⁴ CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd c/ Navimer SA*, aff. C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842.

²⁵⁵ CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch c/ État du Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

²⁵⁶ M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *op. cit.*, p. 686.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 690.

²⁵⁸ Il convient de souligner ici que la formule de « manifestement plus étroits » n'est pas utilisée à l'article 8, § 4, du règlement, ce qui donne une plus grande marge d'appréciation aux juges étatiques.

²⁵⁹ CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551.

cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur²⁶⁰ ». Ainsi, si la solution de l'application de la loi la plus favorable est retenue par la Cour de cassation²⁶¹, la CJUE ne considère pas que mener à l'application de la loi la plus favorable est l'objectif de l'article 8 du règlement Rome I.

97. La protection des assurés dans le règlement Rome I. Enfin, les mécanismes de protection régulant le choix de loi pour les contrats d'assurance semblent s'inspirer en partie du droit concernant les consommateurs et de celui protégeant les travailleurs. Il n'en demeure pas moins que la détermination de la loi applicable aux contrats d'assurance est particulièrement complexe, parfois qualifiée de « science des broussailles²⁶² ». L'article 7 du règlement Rome I fait une distinction entre les contrats d'assurance couvrant de grands risques, soumis à un régime de choix de loi laissant une grande place à l'autonomie de la volonté, et les contrats d'assurance de masse. La logique étant que les contrats d'assurance de grands risques concernent dans une immense majorité des cas des professionnels qui cherchent à assurer leurs fonds de commerce, et donc ce type de contrat d'assurance n'inclut pas de parties faibles. Tout d'abord, pour les contrats d'assurance à grand risque, le régime de choix de loi est le régime commun de l'article 3, la loi de la résidence habituelle de l'assuré s'appliquant en l'absence de choix de loi²⁶³, sauf si le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays²⁶⁴. Concernant les contrats d'assurance de masse, l'article 7, § 3, limite la possibilité de choisir une loi en identifiant celles pouvant être choisies et désigne la loi du lieu où le risque est situé comme applicable à défaut de choix²⁶⁵.

98. Les limites de cette méthode de protection des parties faibles. Ces régimes protecteurs ne s'appliquent toutefois qu'aux catégories de personnes réputées faibles dans l'Union. Le choix de loi pour un contrat où aucune des deux parties ne rentre dans une de ces catégories est régi par l'article 3, qui laisse une place plus importante à l'autonomie de la volonté que le régime américain. Cet article dispose en effet que le choix de loi des parties n'est limité que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie ». Dans une logique similaire à la réserve de l'atteinte à une « *fundamental policy* », le règlement Rome I réserve l'application des lois de police²⁶⁶. Par ailleurs, le choix de loi est limité aux situations où il ne rentre pas en conflit avec l'ordre public du for²⁶⁷. Dès lors, la protection effective accordée aux parties réputées faibles par l'Union européenne est plus étendue que celle accordée aux parties faibles par les États-Unis.

²⁶⁰ Point 34 de la décision.

²⁶¹ Voir par exemple Cass. soc., 20 février 2019, n^{os} 17-20532 et 17-20536 : « Mais attendu que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable à défaut de choix ».

²⁶² M. ANCEL, P. DEUMIER et M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., préc, p. 553.

²⁶³ Règlement Rome I, art. 7, § 2.

²⁶⁴ Il semblerait que l'inclusion de la formule « manifestement plus étroits » vise à prévenir les problématiques liées à l'omission de cette formule pour les contrats de travail dans la convention de Rome, étant donné que les contrats d'assurance n'ont été inclus dans l'instrument européen qu'après sa transformation en règlement.

²⁶⁵ Toutefois, l'article 7, § 3, précise que si un État membre accorde une plus large liberté dans le choix de loi pour les contrats n'étant pas d'assurance vie ou couvrant des risques dans un autre État membre, alors les parties peuvent faire usage de cette liberté. Ainsi les contrats d'assurance accordent aujourd'hui une grande place à l'autonomie de la volonté pour le choix de loi.

²⁶⁶ Article 9 du règlement Rome I.

²⁶⁷ Article 21 du règlement Rome I.

99. En effet, ce qu'il convient de souligner ici est qu'à situations égales, les intérêts d'un consommateur, assuré ou travailleur seront moins susceptibles d'être atteints par une clause de choix de loi dans l'UE qu'aux EU. Pour ce qui est des personnes ne rentrant pas dans ces catégories, la protection accordée semble être équivalente. Par conséquent, il semble que le droit européen protège de manière plus complète et efficace les parties faibles.

SECTION II. – LES DIVERGENCES DANS LE TRAITEMENT DES CLAUSES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

100. Dans la pratique, le traitement des clauses de règlement des différends aux EU est très permissif, en particulier dans son acceptation large des clauses compromissaires (I). Le droit de l'Union limite quant à lui la possibilité d'avoir recours à une clause d'élection de for mais reste silencieux sur la problématique des clauses compromissaires (II).

I. – L'absence d'une protection efficace dans la pratique jurisprudentielle étasunienne

101. La doctrine de *forum non conveniens*. La question de la validité d'une clause d'élection de for est régie aux États-Unis par la doctrine de la *Common Law* de *forum non conveniens*²⁶⁸. La Cour suprême considère qu'en vertu de cette doctrine les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour écarter une demande déposée devant une cour étasunienne si un autre *forum* est mieux placé pour connaître de l'affaire²⁶⁹.

Pendant longtemps, les juges américains ont refusé de reconnaître la possibilité pour les parties de choisir un *forum*, en considérant que « *their objective was to oust courts of their jurisdiction*²⁷⁰ », et donc que ce choix constituait une atteinte à l'ordre juridique, qui pouvait donc l'écarter²⁷¹. Cet état du droit n'est plus d'actualité, la jurisprudence étasunienne s'inspirant aujourd'hui de la décision *Bremen v. Zapata Offshore Company*²⁷². Cet arrêt marque un revirement majeur de la jurisprudence étasunienne, la Cour suprême abordant la problématique des clauses d'élection de for sous l'angle du droit des contrats et non sous l'angle de la souveraineté des juridictions. La Cour suprême crée un nouveau mécanisme pour les clauses d'élection de for : elles sont « *prima facie valid and should be enforced unless enforcement is shown by the resisting party to be "unreasonable" under the circumstances*²⁷³ ». De plus, la Cour suprême admet que le *forum* choisi puisse être « neutre »

²⁶⁸ Il est à noter ici que le *Restatement (Second) on Conflict of Laws* mentionne la possibilité de choisir un *forum* compétent, mais ne contient pas une méthode détaillée pour évaluer la validité de ces clauses, contrairement à la section 187. La question des clauses d'élection de for est donc dans l'immense majorité des cas décidé sur la base du principe de *forum non conveniens*.

²⁶⁹ US SC, *Gulf Oil Corporation vs. Gilbert*, 10 mars 1947, 330 U.S. 501.

²⁷⁰ H. BUXBAUM, « *Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion* », *Articles by Maurer Faculty, Paper 326, 2004, p. 192*, [https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/326/?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F326&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages].

²⁷¹ Avant 1972, une partie de la jurisprudence américaine acceptait déjà la possibilité d'une élection de for, mais dans des situations précises. Quelques arrêts comme *Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line Ltd* de la Cour d'appel fédérale du 2nd circuit montre qu'une partie des juges voyaient les clauses d'élection de for comme un indice dans l'application du *forum non conveniens*.

²⁷² US SC, 1972, *Bremen v. Zapata Offshore Company*, 407 U.S. 1.

²⁷³ *Ibid.*, § 10.

et donc complètement étranger à l'affaire²⁷⁴. La décision de la Cour suprême est donc très favorable aux parties souhaitant avoir recours à une clause d'élection de *for* dans la mesure où la charge de la preuve du manque de raisonnable de la clause repose sur la partie cherchant à s'en soustraire.

Toutefois, la jurisprudence étasunienne n'est pas uniforme sur cette question et différentes cours ont interprété la décision *Bremen v. Zapata* de manière radicalement différente. Dans l'affaire *Evolution Online Systems Incorporated v. Koninklijke PTT Nederland N.V.*²⁷⁵, le second circuit refuse d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* en présence d'une clause d'élection de *for*. À l'inverse, à la suite de l'arrêt *Bremen*, certaines cours fédérales ont tenté de préciser les mécanismes encadrant les clauses d'élection de *for*, notamment dans l'arrêt *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*²⁷⁶. La Cour développe dans cet arrêt un test en plusieurs étapes afin de déterminer s'il convient de donner effet à une clause d'élection de *for*. La première étape consiste à vérifier que la clause d'élection de *for* répond aux critères de validité formelle et substantielle : le juge est censé examiner la possibilité de fraude, d'abus de position dominante, d'erreur, d'absence de réciprocité, de violence²⁷⁷. La Cour a ensuite précisé ce qu'elle entendait par la raisonnable de la clause dans l'arrêt *Bremen* : il faut que le juge vérifie que les parties avaient un pouvoir de négociation équivalent au moment de la rédaction du contrat, que la clause d'élection de *for* ne soit pas contraire à l'ordre public, qu'il n'y ait pas d'injustice, que le *forum* choisi garantisse un accès à la justice, que l'élection de *for* soit en harmonie avec la loi applicable au contrat et que le choix de loi ne crée pas d'inconvénient majeur pour une des parties²⁷⁸.

102. La protection des parties faibles par la doctrine de *forum non conveniens*. Ainsi, en théorie, la doctrine de *forum non conveniens* permet au juge américain d'étudier de manière approfondie les clauses d'élection de *for* et de vérifier qu'elles ne portent pas atteinte à une des parties au contrat. La logique voudrait que non seulement la clause soit étudiée, mais qu'en plus elle ne représente qu'un élément parmi d'autres pour déterminer la juridiction compétente. C'est tout du moins ainsi que la doctrine de *forum non conveniens* a été mise en œuvre par certaines cours²⁷⁹. Cependant, en pratique et dans une immense majorité des cas, la clause d'élection de *for* se voit donner effet, y compris dans des contrats à partie faible. Cette tendance jurisprudentielle remonte à l'arrêt *Carnival Cruise Line Inc. v. Shute* de 1991²⁸⁰. La Cour suprême a décidé dans cette affaire que seule l'absence complète de recours dans le *forum* choisi pouvait justifier de ne pas donner effet à une clause d'élection de *for*. De même, dans l'arrêt *Ware Else & Ware Enterprises v. Susan Ofstein et Nowland v. Hill-Rom*, la Cour suprême étasunienne a reconnu la possibilité pour un employeur d'insérer une clause de choix de juridiction dans un contrat avec un employé. Cette vision de la clause d'élection de *for* fait aujourd'hui l'unanimité dans les cours étasuniennes, et peu d'affaires

²⁷⁴ H. BUXBAUM, « *Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion* », préc., p. 192.

²⁷⁵ Second circuit fd Court, 1998, *Evolution Online Systems, Inc. v. Koninklijke PTT Nederland N.V.*, 145 F.3d 505.

²⁷⁶ US District Court, 28 février 1975, *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*, 390 F. Supp. 361.

²⁷⁷ *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*, préc., § 365.

²⁷⁸ *Ibid.*, § 368.

²⁷⁹ US District Court, California, 8 mai 2001, *Meridian Seafood Products, Inc. v. Fianzas Monterrey S.A.*, 149 F. Supp. 2d 1234 ; US Court of Appeals for the Second District, 21 novembre 1990, *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co.*, 919 F.2d 822 et même reconnu par la Cour suprême américaine dans l'arrêt du 20 juin 1988 *Stewart Org. Inc. v. Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22, §§ 29-30.

²⁸⁰ US SC, 17 avril 1991, *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585.

concernant de tels litiges atteignent les cours d'appel. Un exemple de cette acceptation large de la clause d'élection de for est la décision *Somerset Fine Home Bldg., Inc. v Simplex Indus., Inc.*²⁸¹, dans laquelle la cour suprême du comté de Suffolk considère qu'une inégalité dans les pouvoirs de négociation ou une détresse financière ne constituent pas une raison suffisante pour écarter une clause d'élection de for. Par conséquent, le système américain apparaissant pourtant comme un système de protection complexe et efficace se montre en pratique très peu protecteur des parties faibles.

103. L'acceptation large des clauses compromissaires. Concernant les clauses compromissaires, le droit étasunien est régi par le *Federal Arbitration Act*²⁸². Ce dernier dispose qu'une clause compromissoire est valide dans la même mesure que n'importe quelle autre clause contractuelle²⁸³. Toutefois, dans la pratique jurisprudentielle « *its rules of enforceability have made arbitration agreements a superior option to other contractual promises*²⁸⁴ ». Tel est le cas en raison de la jurisprudence récente favorable à l'arbitrage, limitant la possibilité pour les juges de connaître d'un litige lié à un contrat contenant une clause compromissoire. Comme toutes les clauses contractuelles, le moyen principal pour invalider une clause compromissoire dans le système de *Common Law* américain est de prouver son *unconscionability*. Toutefois, la Cour suprême a affirmé dans son arrêt *Rent-A-Center, West Incorporated v. Jackson*²⁸⁵ que, même si un employé allègue que le contrat dans son intégralité est *unconscionable*, il doit se rendre devant le tribunal arbitral désigné²⁸⁶. De plus, l'interprétation stricte par la Cour suprême du *FAA* a réduit les situations où il est possible pour un juge d'invalider une clause compromissoire, notamment en interdisant aux États fédérés d'adopter des lois encadrant l'accès à l'arbitrage²⁸⁷. Ainsi, comme pour les clauses d'élection de for, le droit étasunien semble donner aux juges les moyens nécessaires de protéger les parties faibles. Toutefois, dans la pratique, le système de protection manque d'efficacité en raison de la jurisprudence très libérale de la Cour suprême étasunienne, donnant effet, dans l'immense majorité des cas, à des clauses compromissaires et d'élection de for, y compris pour des contrats à partie faible²⁸⁸. *A contrario*, le droit européen a su développer un système visant à garantir l'accès à un *forum* favorable pour les parties faibles.

II. – La possibilité réduite de choisir un forum en droit de l'UE

104. Les régimes spéciaux protégeant les parties faibles dans Bruxelles I refondu. Les questions de compétences sont traitées dans le droit de l'UE par le règlement Bruxelles I refondu²⁸⁹. Ce règlement est l'un des instruments les plus importants du droit international privé européen, et comme le règlement Rome I, établit un régime de commun pour encadrer les clauses d'élection de for et un régime spécial pour chaque groupe de parties réputées

²⁸¹ Superior Court of Suffolk County, 14 décembre 2018, *Somerset Fine Home Bldg., Inc. v Simplex Indus., Inc.*, NY Slip Op 51845.

²⁸² Fd Arbitration Act, 9 U.S. Code, Title 9.

²⁸³ *Ibid.*, § 2.

²⁸⁴ S. PLASS, « Reforming the Fd Arbitration Act to Equalize the Adjudication Rights of Powerful and Weak Parties », *Catholic University Law Review*, vol. 65, 2016, p. 96.

²⁸⁵ US SC, 2010, *Rent-A-Center, West Incorporated v. Jackson*, 130 S. Ct.

²⁸⁶ *Ibid.* à 2777-2778.

²⁸⁷ S. PLASS, préc., p. 103-104.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 95-116.

²⁸⁹ Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 351 du 20 décembre 2012, p. 1.

faibles : consommateur, employé et assuré. Ces régimes spéciaux démontrent que le règlement « vise à garantir une protection plus favorable aux parties faibles que ne le permettent les règles générales de compétence²⁹⁰ ». Ainsi les sections 3, 4 et 5 du chapitre 2 du règlement dérogent au régime de l'article 25 du règlement qui permet aux parties de choisir une juridiction d'un État membre pour connaître du litige²⁹¹. L'UE ayant ratifié la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for²⁹² le 11 juin 2015, c'est cette Convention qui régit les clauses d'élection de *forum* donnant compétence à une juridiction d'un État tiers à l'Union européenne. Toutefois, cette Convention ne s'applique pas aux régimes spéciaux mis en place par l'UE²⁹³, qui suivent des règles avantageuses pour les parties faibles.

105. Les grands principes de la protection des parties faibles par le règlement Bruxelles I refondu. La professeure Vesna Lazic souligne trois grands principes que l'on retrouve dans les régimes de protection des consommateurs, employés et assurés dans le règlement Bruxelles I refondu²⁹⁴. Le premier principe est que la partie faible se voit offrir le choix d'intenter une action contre l'autre partie dans plusieurs juridictions. Le deuxième principe est que, à l'inverse, l'autre partie ne peut attirer la partie faible que devant la juridiction de son domicile. Il ressort en effet des sections 3, 4 et 5 du règlement qu'une différence est faite entre les possibilités de recours de la partie faible et les possibilités de recours de l'autre partie²⁹⁵. Pour les contrats d'assurance, l'assureur peut être attiré devant l'une des juridictions listées à l'article 11²⁹⁶, tandis que l'action contre la partie faible²⁹⁷ ne peut être portée que devant les juridictions de son domicile²⁹⁸. Il en va de même pour les contrats de consommation : l'article 18 du règlement liste les juridictions devant lesquelles le consommateur peut intenter une action²⁹⁹, tandis que l'autre partie ne peut poursuivre le consommateur que devant les juridictions du domicile de ce dernier³⁰⁰. Enfin, pour les contrats de travail, l'action contre l'employeur peut être intentée devant les juridictions

²⁹⁰ CJUE, 13 décembre 2007, *FBTOSchadeverzekeringen*, aff. C-463/06, EU:C:2007:792, § 28.

²⁹¹ Règlement Bruxelles I refondu, art. 25, § 1.

²⁹² Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015.

²⁹³ Convention du 30 juin 2005, préc., art. 2.

²⁹⁴ V. LAZIC, « Procedural Justice for “Weaker Parties” in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme », *Utrecht Law Review*, vol. 10, 2014, p. 100-117.

²⁹⁵ V. LAZIC, préc., p. 103.

²⁹⁶ L'article 11 dispose que « l'assureur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré : a) devant les juridictions de l'État membre où il a son domicile ; b) dans un autre État membre, en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou un bénéficiaire, devant la juridiction du lieu où le demandeur a son domicile ; ou c) s'il s'agit d'un coassureur, devant la juridiction d'un État membre saisie de l'action formée contre l'apéristeur de la coassurance. 2. Lorsque l'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre. »

²⁹⁷ L'article disposant que le domicile du défendeur d'un recours engagé par l'assureur ne désigne pas que les assurés, mais aussi les preneurs d'assurance et les bénéficiaires d'assurance, étendant donc la protection à toutes les personnes pouvant être considérées comme des parties faibles à un contrat d'assurance.

²⁹⁸ L'article 14 du règlement dispose en effet que « l'action de l'assureur ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, qu'il soit preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire ».

²⁹⁹ L'article 18, § 1, prévoit que « l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié ».

³⁰⁰ L'article 18, § 2, dispose que « l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur ».

listées à l'article 21³⁰¹ tandis que l'employé ne peut être attiré que devant les juridictions de son domicile³⁰².

Ces règles de compétence judiciaire favorables aux parties faibles sont complétées par le troisième principe venant limiter la possibilité pour les parties de choisir un forum. En effet, les clauses d'élection de for ne peuvent être formées que si elles respectent les conditions listées par le règlement³⁰³. En vertu du règlement Bruxelles I refondu, dans le cadre des contrats de consommation³⁰⁴, d'assurance³⁰⁵, de travail³⁰⁶ la clause d'élection de for doit être « postérieure à la naissance d'un différend » et doit permettre à la partie faible de saisir une juridiction qui n'est pas indiquée par la section dédiée au type contrat en question. Dans le cadre des contrats de consommation et d'assurance, il est aussi possible d'établir une clause d'élection de for donnant compétence à la juridiction d'un État membre si les deux parties résident sur cet État membre au moment de la conclusion du contrat. L'application de ces sections a été précisée par la CJUE de manière à renforcer la protection des parties faibles. Par exemple, la Cour a interprété l'article 5, § 5 et l'article 16 du règlement Bruxelles I refondu de manière à protéger les parties faibles en considérant les clauses d'élection de for pour des contrats à grand risques comme inopposables à une partie non professionnelle³⁰⁷.

106. L'efficacité des régimes protecteurs. Cet encadrement strict des situations où une clause d'élection de for est possible pour des contrats à partie faible protège de manière efficace les intérêts des parties faibles qui ne peuvent pas être atteints par une clause d'élection de for abusive. La comparaison entre la doctrine du *forum non conveniens* et l'encadrement des clauses d'élection de for dans le règlement Bruxelles I refondu aboutit à une conclusion similaire à celle de la comparaison entre le traitement des clauses de choix de loi aux EU et le règlement Rome I. Si, en théorie, le test créé par la Cour suprême étasunienne pour contrôler les clauses d'élection de for est au moins équivalent aux mécanismes du règlement Bruxelles I refondu, tel n'est pas le cas dans la pratique. Le régime américain apporte une protection équivalente à celle garantie par le règlement européen pour les parties qui ne sont pas travailleurs, consommateurs ou assurés. Pour ces dernières, les régimes de protection créés par le règlement Bruxelles I refondu sont bien plus protecteurs que celui qui serait applicable à ces groupes aux EU. En effet, dans des situations similaires, un consommateur, travailleur ou assuré sera mieux protégé par le droit de l'UE que par le droit étasunien dans la mesure où la partie forte ne sera pas à même d'ajouter au contrat une clause choisissant un *forum* disproportionnellement en sa faveur, alors qu'une telle hypothèse est possible en droit américain. Cependant, le règlement Bruxelles I refondu ne traite pas des

³⁰¹ Cet article dispose qu'« un employeur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré : a) devant les juridictions de l'État membre où il a son domicile ; ou b) dans un autre État membre : i) devant la juridiction du lieu où ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant la juridiction du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail ; ou ii) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant la juridiction du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».

³⁰² Article 22 du règlement : « L'action de l'employeur ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile ».

³⁰³ V. LAZIC, « Procedural Justice for "Weaker Parties" in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme », préc., p. 103.

³⁰⁴ Article 19 du règlement.

³⁰⁵ Article 15 du règlement.

³⁰⁶ Article 23 du règlement.

³⁰⁷ CJUE, 27 février 2020, AAS « BALTA », aff. C-803/18, ECLI: ECLI:EU:C:2020:123, § 46.

clauses compromissoires, qui ne sont donc pas régulées par le droit de l'Union européenne à ce jour.

107. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de rapports entre les deux, et une clarification des relations entre le droit européen et l'arbitrage par l'adoption d'un texte similaire au *FAA* serait intéressante. Aux EU, La question de la partie faible revient aujourd'hui dans les débats doctrinaux américains, et de plus en plus de juristes comparent le droit étasunien perçu comme trop permissif au droit européen. Si ce dernier semble plus efficace dans sa protection des parties faibles au contrat international, il n'est pas parfait et pourrait lui aussi combler ses lacunes en s'inspirant du droit américain.

CHAPITRE II. – LA POSSIBILITÉ D'UNE INSPIRATION MUTUELLE

108. L'inspiration entre le droit étasunien et le droit européen quant à la protection des parties faibles au contrat international pourrait et devrait être mutuelle dans la mesure où chaque système présente des inconvénients qui n'existent pas dans l'autre (Section I). Des décisions laissant présager une évolution jurisprudentielle aux États-Unis indiquent qu'une convergence entre les deux droits est possible, si ce n'est inévitable (Section II).

SECTION I. – RÉSOUDRE LES FAILLES DE CES DROITS EN S'INSPIRANT DE L'AUTRE

109. Si le droit de l'Union est efficace dans sa protection des consommateurs, assurés et travailleurs, il demeure incomplet dans la mesure où ces groupes sont les seuls à faire l'objet d'un régime adapté. Plusieurs propositions sont donc à souligner pour compléter le droit européen (I). À l'inverse, le droit étasunien semble donner une trop grande marge d'appréciation au juge, ce qui mène à une protection inconsistante et sans logique uniforme. Dès lors, il convient d'étudier comment certains juristes proposent de commencer une codification du droit de la protection des parties faibles (II).

I. – Compléter le droit de l'Union européenne

110. L'efficacité du droit de l'UE pour protéger les catégories de parties faibles reconnues. Il est indéniable que le droit de l'Union protège aujourd'hui de manière efficace les groupes de parties réputées faibles des risques créés par les clauses de choix de loi et de *forum*. Toutefois, et comme mentionné précédemment, un droit protégeant les parties faibles est considéré par le présent mémoire comme idéal dès qu'il encadre les clauses de choix de loi, de *forum* et clauses compromissaires dans des relations contractuelles où une des parties est dans une position socioéconomique de faiblesse. Force est de constater qu'à cet égard le droit de l'Union est incomplet : il n'admet pas la possibilité de la faiblesse d'une partie en dehors de ces groupes et n'encadre pas le recours à une clause compromissoire.

111. La nécessité d'étendre le régime de protection européen. Afin de protéger non seulement les parties réputées faibles par le droit européen mais aussi les parties faibles qui ne sont pas incluses dans les catégories identifiées par le droit de l'Union, ce dernier pourrait se doter d'un régime intermédiaire. Un tel régime limiterait la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable ou le *forum* compétent de manière moins sévère que les régimes applicables aux consommateurs, employés et travailleurs, mais pourrait s'appliquer à n'importe quelle partie prouvant sa faiblesse. La doctrine d'« *unconscionability* », discutée en première partie, et que l'on peut rapprocher du concept de clause abusive, pourrait être une inspiration pour ce régime intermédiaire.

Le concept de clause abusive est justement présent en droit européen, qui les définit et les considère invalides dans certains contrats : la directive 93/13³⁰⁸ vise à protéger les consommateurs de ce type de clauses et donne des éléments pour les identifier. Ce texte a

³⁰⁸ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29.

fait récemment l'objet d'un document d'orientation de la Commission³⁰⁹, qui développe et précise les exigences contenues dans la directive. La première exigence est celle de la transparence, comme le dispose l'article 5 de la directive : « Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible ». La Commission estime qu'il convient de prendre en compte l'intelligibilité de la clause, la mise à disposition de la clause au consommateur, la clarté visuelle, la logique de la structure du contrat³¹⁰. Cette exigence a été reprise par la CJUE qui exige une « transparence matérielle » de la clause, c'est-à-dire qu'elle doit être comprise par le consommateur³¹¹. En outre, les articles 3, § 1, et 4, § 1, de la directive donnent des éléments pour apprécier le caractère abusif d'une clause de manière plus générale :

« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat³¹² ».

La Cour de justice a eu une interprétation large de ce qui peut constituer un déséquilibre significatif : il peut être causé non seulement par les clauses qui ont une conséquence sur la position économique de l'autre partie, mais aussi par celles limitant les droits du consommateur³¹³. De plus, l'annexe de la directive contient une « liste indicative et non exhaustive des clauses qui peuvent être déclarées abusives »³¹⁴ et le point q de l'annexe vise les clauses ayant pour but :

« de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur [...] ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ».

Ainsi la possibilité de considérer comme abusive une clause de choix de loi ou de *forum* est reconnue en droit de l'Union dans le cadre des contrats de consommation. Il serait donc possible de créer un régime intermédiaire entre les régimes spéciaux pour les parties réputées faibles et le régime de droit commun encadrant les clauses de choix de loi et de juridiction dans un contrat international. Un tel régime pourrait reprendre les critères listés par la directive et précisés par la jurisprudence de la CJUE et invaliderait toute clause de choix de loi ou de *forum* considérée comme abusive, notamment en raison de la différence en pouvoir de négociation causé par la différence des positions socioéconomiques, peu importe la présence ou non d'une partie réputée faible au contrat. Cela permettrait par ailleurs de créer un droit européen harmonisé, voire unifié, des clauses abusives dans un contrat international. Un tel élargissement de la clause abusive en droit européen rendrait ce concept assez proche de la doctrine de l'« *unconscionability* » et est tout à fait envisageable dans la mesure où les deux

³⁰⁹ Communication de la Commission, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 2019/C 323/04, JOUE n° C 323, 2019, p. 4.

³¹⁰ Communication, préc., p. 24-26.

³¹¹ CJUE, 30 avril 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, aff. C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, §§ 71-72, pour plus de détails sur ce que la CJUE considère comme l'exigence de transparence matérielle, voir la communication précitée, p. 26.

³¹² Article 3, § 1, de la directive.

³¹³ CJUE, 14 janvier 2014, *Constructora Principado*, aff. C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, §§ 21-24.

³¹⁴ Article 3, § 3, de la directive.

doctrines sont considérées comme étant proches l'une de l'autre, un point commun entre les ordres juridiques de tradition de droit civil et ceux de tradition de *Common Law*³¹⁵.

112. La nécessité d'encadrer l'arbitrage au niveau européen. La deuxième lacune du droit européen tient au fait qu'il n'encadre pas le recours à l'arbitrage pour les contrats à partie faible. La question de l'arbitrage pose une problématique à l'Union dans la mesure où les droits nationaux de l'arbitrage sont diversifiés et créer un droit uniforme risquerait de rentrer en conflit avec le principe d'autonomie procédurale des États membres³¹⁶. Ce principe est consacré par la décision *Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland* de la CJUE³¹⁷ et donne aux États membres le pouvoir de déterminer l'administration de la justice dans leur pays. Toutefois, ce principe ne consiste pas en une carte blanche donnée aux États, étant donné que, seulement

« en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables³¹⁸ ».

Ainsi l'UE a progressivement créé des règles destinées à encadrer les procédures judiciaires avec par exemple le règlement 1346/2000³¹⁹ et le règlement Bruxelles I refondu, mais aussi en matière d'arbitrage avec la directive médiation³²⁰. Par ailleurs, l'UE a reconnu les dangers de l'arbitrage appliqué à des contrats à partie faible, notamment pour les contrats de consommation, comme le démontre la recommandation de la Commission 98/257³²¹. Enfin, se pose la question de la potentielle interprétation par l'arbitre du droit européen³²². Si adopter un texte uniformisant le droit de l'arbitrage est difficilement envisageable, un texte visant à harmoniser l'utilisation de modes de règlement des différends pour les contrats internationaux à partie faible est possible. Un texte similaire au *FAA* permettrait de mettre en place un minimum de protection sans pour autant limiter de manière importante la possibilité du recours à l'arbitrage.

113. Le cadre de réglementation mis en place par le droit européen a donc su créer une protection efficace des parties faibles, mais cette protection pourrait être complétée par un régime intermédiaire et un encadrement des clauses compromissaires. À l'opposé, le droit

³¹⁵ C. YONG, « The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions », *Oxford University Comparative Law Forum*, vol. 1, 2011, ELA, [<https://ouclf.law.ox.ac.uk/>].

³¹⁶ Sur la question des relations entre droit européen et arbitration, voir par exemple, M. PIERS, « Consumer Arbitration in the EU: A Forced Marriage with Incompatible Expectations », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011, p. 209-230.

³¹⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. C-33/76.

³¹⁸ CJCE, 16 décembre 1976, préc., § 5.

³¹⁹ Règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 118.

³²⁰ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 136 du 24 mai 2008, 2008, p. 3.

³²¹ Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, 98/257, *JOCE* n° L 115 du 17 avril 1998, p. 31.

³²² En général, sur les questions des conséquences du droit européen sur l'arbitrage international, voir F. FERRARI, *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, JurisNet, 2017, 710 p.

étasunien couvre toutes les clauses potentiellement dangereuses pour les parties faibles, mais échoue dans la création d'un régime efficace.

II. – Résoudre l'imprévisibilité juridique aux États-Unis

114. Des outils pour protéger les parties faibles inutilisés. Certes, le droit étasunien a fait le choix conscient de ne pas accorder un régime de protection spécial pour les parties faibles, mais le régime de droit commun donne au juge la possibilité de prendre en compte les inégalités socioéconomiques pour déterminer s'il doit donner effet à une clause de choix de loi ou de *forum*³²³. Ainsi le droit étasunien semble donner aux juges les outils nécessaires pour protéger les intérêts des parties faibles. Toutefois, ces outils ne sont pas utilisés de manière uniforme, créant un système instable et incapable de protéger de manière prévisible les parties faibles. Cette problématique est intrinsèquement liée à un système de *Common Law* laissant au juge une marge d'appréciation importante. C'est en raison de cette marge de manœuvre que les tribunaux américains ont interprété de manière plus ou moins sévère les limites à l'autonomie de la volonté. Ainsi, alors que l'objectif du *Restatement* est de garantir la prévisibilité du droit applicable aux parties et la protection des intérêts de ces dernières ainsi que ceux des États³²⁴, ces objectifs ne sont pas atteints³²⁵. Pour remédier à cette instabilité juridique, plusieurs solutions sont envisageables.

115. Protéger les parties faibles à l'aide d'un texte législatif. La première solution consiste à faire intervenir le législateur américain : si le Congrès adopte un statut similaire au *FAA* encadrant les clauses de choix de loi et de *forum*, son application uniforme sur le territoire américain permettrait de régler les incertitudes actuelles³²⁶. Toutefois, cela semble improbable. Tout d'abord, les États-Unis demeurent attachés à la tradition de *Common Law*, et le Code américain contemporain n'est pas comparable à un code civil suivant le modèle français en ce que ses chapitres encadrent des domaines précis, mais ne forment pas un ensemble se voulant cohérent³²⁷. De plus, mettre en place un système de protection des parties faibles risquerait d'être perçu comme une mesure restreignant de manière trop sévère la liberté contractuelle. En raison de la réalité législative étasunienne où une minorité de sénateurs est capable d'empêcher un texte de loi d'être adopté³²⁸ et des investissements importants dans le Congrès par des groupements d'intérêts privés³²⁹, qui ne souhaiteraient pas une telle limite, il est improbable qu'un tel texte soit adopté. Enfin, et sans rentrer dans

³²³ Par exemple, voir H. BUXBAUM, « *Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion* », préc.

³²⁴ *Restatement (Second) Conflict of Laws*, comment g.

³²⁵ J. HEALY, « Consumer protection choice of law: European Lessons for the United States », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 19, 2009, p. 537.

³²⁶ À noter que même cette solution n'est pas nécessairement satisfaisante, des débats subsistent encore autour du *FAA* par exemple.

³²⁷ Une liste des thèmes traités par le code américain se trouve ici, [<https://uscode.house.gov/>].

³²⁸ Le recours au Filibuster est de plus en plus courant et permet à une minorité de 40 % des sénateurs de bloquer un texte de loi dans la mesure où chaque sénateur a le droit de prendre la parole sur un texte proposé pour une durée illimitée et ne peut être empêché d'exercer ce droit que si trois cinquièmes du Sénat souhaitent adopter le texte.

³²⁹ Le lobbying est estimé comme étant une industrie ayant une valeur de 9 milliards de dollars aux États-Unis selon l'analyste James Thurber : L. FANG, « Where Have All the Lobbyists Gone? », *The Nation*, 2014. En termes de dépense de la part d'intérêts privés, il est compliqué d'obtenir des statistiques précises, mais cette dépense est estimée entre 2 et 4 milliards de dollars par an.

des débats politiques qui ne sont pas l'objet du présent mémoire, le seul moyen de faire adopter un texte au Congrès, à l'heure actuelle, est d'avoir une collaboration entre les deux partis, ce qui est particulièrement compliqué à obtenir.

116. Protéger les parties faibles à l'aide d'un revirement jurisprudentiel. La seconde solution serait pour la Cour suprême de se prononcer à nouveau sur la problématique des clauses de choix de loi et de *forum* et d'actualiser sa jurisprudence *Breven v. Zapata* en créant de nouvelles règles d'interprétation du *Restatement*. Toutefois, une telle solution est difficile à mettre en œuvre et ce pour plusieurs raisons. La première est l'opportunité : le titre 28 du Code des États-Unis gouverne les procédures devant les cours fédérales et est complété par le règlement de la Cour suprême, et ces documents limitent les possibilités de saisine de la juridiction. Ainsi la Cour suprême ne peut être saisie que pour des questions où il existe une jurisprudence divergente entre les cours d'appel fédérales, une cour suprême étatique a rendu une décision contraire à une solution retenue par une autre cour suprême étatique ou bien si une question importante par rapport au droit constitutionnel américain nécessite l'intervention de la Cour suprême³³⁰. Si les clauses de choix de loi et de *forum* font à nouveau l'objet d'études doctrinales, ces questions sont souvent décidées en première instance, sauf quelques exceptions. Ces dernières font rarement l'objet d'un appel et les pourvois sont rarement acceptés par la Cour suprême. Dans l'affaire *World Fuel Services (Singapore) Ltd. v. Bulk Juliana Limited*³³¹, une partie de la doctrine espérait que la Cour suprême accepte le recours dans la mesure où plusieurs cours d'appel fédérales s'étaient déjà prononcées mais que certaines clarifications étaient nécessaires. Cependant, la Cour a refusé de se prononcer. De plus, lorsque la Cour suprême a accepté de se prononcer sur un litige lié à une clause de choix de loi ou de *forum*, elle a maintenu sa jurisprudence³³². Ces décisions mettent en exergue la volonté de la Cour suprême de maintenir la jurisprudence actuelle. De surcroît, un arrêt de cette Cour ne réglerait le problème qu'en partie : les décisions de la Cour sont elles-mêmes interprétées par les juges fédérés³³³, et ces juges refusent parfois d'appliquer la jurisprudence de la Cour suprême³³⁴. Dès lors, espérer que la Cour accepte un recours sur le sujet et décide de changer sa jurisprudence ne semble pas être une solution viable pour résoudre les problèmes liés à la protection actuelle des parties faibles aux États-Unis.

117. Protéger les parties faibles à l'aide du troisième *Restatement*. La troisième possibilité serait de rédiger un troisième *Restatement of Conflict of Laws*. Contrairement à la

³³⁰ U.S. Supreme Court, Rules of the Supreme Court of the United States, 18 avril 2019, partie III, règle 10, [<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>].

³³¹ US Court of Appeals of the 5th circuit, 2016, *World Fuel Services (Singapore) Ltd. v. Bulk Juliana, Ltd.*, 822 F.3d 766 2016.

³³² Voir, par exemple, « Keeping Current: US Supreme Court reaffirms that *Forum* Selection Clauses are presumptively enforceable », *Business Law Today*, January 2014, American Bar Association, [https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2014/01/]. Voir aussi US SC, 3 décembre 2013, *Atlantic Marine Construction Co. v. United States District Court for the Western District of Texas*, WL 6231157.

³³³ Sur la réinterprétation des arrêts de la Cour suprême, voir par exemple W. WOODWARD, « Constraining Opt-Outs: Shielding Local Law and Those It Protects from Adhesive Choice of Law Clauses », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 9, 2006, p. 25-61.

³³⁴ Voir, par exemple, D. HORTON, « Unconscionability Wars », *Northwestern University Law Review*, vol. 106, 2011, p. 387-408, et la prolifération de l'utilisation de la doctrine d'*unconscionability* à des clauses compromissaires malgré la décision de la Cour suprême américaine ; J. STEMPEL, « Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism », *Ohio Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2004, p. 757-804.

possibilité d'un revirement jurisprudentiel soudain de la part de la Cour suprême, un troisième *Restatement* est envisageable, voire escompté étant donné qu'il est actuellement en cours de préparation par l'*American Law Institute*³³⁵. Le professeur Carlos Vazquez souligne qu'après quarante ans de pratique jurisprudentielle, il est temps de réétudier le deuxième *Restatement* et d'en rédiger un nouveau³³⁶. Une partie de la doctrine étasunienne, comme le professeur Kermitt Roosevelt III, a connaissance des critiques contemporaines du *Restatement Second*, notamment l'absence de définition de ce qui constitue un lien substantiel³³⁷ et le manque de prévisibilité juridique³³⁸ et souhaite répondre à ces critiques par un troisième *Restatement*. Ces critiques peuvent s'expliquer par la nature du *Restatement (second)*, qui est considéré par certains juristes, notamment par son rapporteur, le professeur Reese, comme un *interregnum*, un document temporaire destiné à être remplacé par un texte plus complet³³⁹. Mais remplacer le *Restatement (Second)* ne signifie pas nécessairement créer un système de protection plus efficace et adapté aux parties faibles : le *Restatement* est apprécié par la doctrine et les juges américains en raison de sa simplicité et la liberté accordée aux juges³⁴⁰. Le recours à des règles basées sur un seul facteur ou une agrégation de facteurs est donc un des aspects du *Restatement (Second)* que certains juristes souhaitent conserver³⁴¹. Cette volonté de garder un système simple et dépourvu de mécanismes complexes s'oppose fondamentalement à la mise en place d'une protection similaire à celle des règlements Rome I et Bruxelles I refondu. De plus, certains auteurs considèrent que le droit étasunien des conflits de lois, s'il n'est pas efficace dans la pratique, a fait l'objet d'études doctrinales conséquentes justifiant son état actuel, et qu'il convient donc de préserver les théories des conflits de loi développées dans ce document³⁴².

Par ailleurs, la forme, l'objectif et la méthodologie du troisième *Restatement* sont remis en cause par une partie de la doctrine, qui souligne l'impossibilité de se placer dans la continuité des précédents *Restatement* en ne faisant qu'une synthèse de la *Common Law* tout en essayant de la faire progresser en s'inspirant d'autres pays³⁴³. *A contrario*, d'autres auteurs considèrent un troisième *Restatement* comme étant la continuité logique de la vision du rapporteur du *Restatement (Second)*³⁴⁴ : ce dernier est intervenu au moment de la « révolution des choix de loi » aux EU et la révolution des échanges par Internet au XXI^e siècle rend nécessaire un nouveau texte sur lequel baser la *Common Law*. Le troisième *Restatement* n'est qu'à ses débuts de rédaction mais soulève déjà des débats doctrinaux, ce qui peut faire

³³⁵ Projet de l'ALI, [https://www.ali.org/projects/show/conflict-laws/#_status]. Six chapitres ont déjà été rédigés.

³³⁶ C. VAZQUEZ, « Introduction to Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, p. 137-138.

³³⁷ K. ROOSEVELT et B. JONES, « What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, p. 141.

³³⁸ K. ROOSEVELT et B. JONES, préc.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ S. SYMEONIDES, « The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing », *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, p. 1269-1279.

³⁴¹ L. BRILMAYER, « What I Like Most About the Restatement (Second) of Conflicts, and Why it Should not be Thrown out With the Bathwater », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, p. 144-149.

³⁴² K. ROOSEVELT et B. JONES, préc., p. 142.

³⁴³ L. BRILMAYER et D. LISTWA, « Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back? », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018.

³⁴⁴ K. ROOSEVELT et B. JONES, « The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018.

douter de la viabilité de cette solution pour régler les problématiques soulevées par ce mémoire dans un futur proche.

118. Par conséquent, la problématique de l'incertitude du droit étasunien ne peut être aisément résolue et la mise en place d'un système de protection efficace et prévisible au niveau fédéral demeure un problème épineux. Face à l'improbabilité d'une évolution juridique par les moyens énoncés précédemment, certaines cours ont décidé de faire évoluer le droit par leur jurisprudence récente. Ces décisions mettent en exergue le fait que la réflexion sur un système de protection plus efficace n'est pas que doctrinale, et que le droit étasunien et le droit européen sont d'ores et déjà plus proches que ce que l'on pourrait penser.

SECTION II. – VERS CONVERGENCE ENTRE LES DEUX SYSTÈMES DE PROTECTION ?

119. Comme expliqué dans les précédents chapitres, le *Restatement (Second) on Conflict of Laws* ne protège pas les parties faibles parce qu'il accorde au juge américain une trop grande marge d'appréciation des critères qu'il contient. Cette marge d'appréciation a été utilisée par certains tribunaux pour limiter l'usage des clauses de choix de loi et de *forum* et les clauses compromissoires suivant un régime similaire à celui des règlements Rome I et Bruxelles I refondu (I). Une convergence entre les deux systèmes semble inévitable si les deux ordres juridiques souhaitent conserver l'autonomie de la volonté des parties comme base de leur droit tout en protégeant les parties faibles (II).

I. – L'évolution jurisprudentielle étasunienne récente

120. De nouvelles interprétations jurisprudentielles. Si la pratique jurisprudentielle étasunienne a été libérale dans son traitement des clauses de choix de loi et de *forum* en acceptant des clauses qui auraient été considérées comme invalides en droit de l'UE, certains juges usent de leur pouvoir d'appréciation pour créer une protection plus complète des parties faibles, notamment pour les contrats de travail.

La première affaire qu'il convient de prendre en exemple est *Cardoni & al v. Prosperity Bank*³⁴⁵. Cette décision est intéressante à étudier car elle a été rendue par la Cour fédérale d'appel du 5^e district, dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi que devant l'*US Suprem Court*. Il est rare que les questions liées à la loi applicable et au *forum* compétent soient discutées en appel au niveau fédéral, et il est encore plus rare que le juge fédéral américain admette une limite aux clauses de choix de loi. Cet arrêt présente donc un excellent exemple du nouveau courant de pratique jurisprudentielle aux EU.

Prosperity Bank, une banque établie au Texas a acquis en août 2013 la banque F&M Bank établie en Oklahoma et, dans le cadre de cette fusion-acquisition, a signé des contrats avec certains employés de F&M Bank. Dans le cadre des négociations pour ces contrats et de la fusion acquisition, la banque Prosperity a affirmé que la signature des contrats était nécessaire pour la poursuite de la fusion-acquisition, et que les employés ne se verraient pas garantis un travail dans Prosperity Bank s'ils refusaient de signer et que la fusion

³⁴⁵ US Court of Appeals, Fifth Circuit, 29 octobre 2015, *Cardoni & al v. Prosperity Bank*, n^{os} 14-20682 et 15-20005, [<https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1717676.html>].

avait lieu³⁴⁶. La faiblesse des employés semble être ici caractérisée : ils n'ont pas eu la possibilité de négocier leurs contrats, ont été poussés à signer rapidement et Prosperity Bank a affirmé que ne pas signer ces contrats pourrait avoir des conséquences néfastes pour leurs intérêts, laissant peu de choix à ces employés. De plus, la banque n'a laissé que deux jours aux employés pour signer les contrats, ne leur permettant pas de négocier des modifications.

Ces contrats incluait une clause de choix de loi stipulant que « *[a]ll questions concerning the validity, operation and interprétation of this Agreement and the performance of the obligations imposed upon the parties hereunder* » et une clause d'élection de for « *[e]xclusive venue of any dispute relating to this Agreement shall be, and is convenient in, Texas* ». Quatre employés ayant signé ces contrats, Mr. Cardoni, Mr. Webb, Mr. Blain et Mr. Shaffer ont démissionné à la suite de la fusion-acquisition, et intentèrent une action en justice contre Prosperity Bank en juin 2014³⁴⁷. Cette affaire a finalement été jugée par la Cour fédérale d'appel du 5^e circuit³⁴⁸.

Dans sa décision du 29 octobre 2015, la Cour d'appel établit une distinction claire entre le régime des clauses de choix de loi et celui des clauses d'élection de for. Dans un premier temps, la Cour admet qu'elle n'effectue que rarement un contrôle de telles clauses : « *One may think that principle largely ends our inquiry. We are accustomed to giving effect to the knowing and voluntary agreement of parties, especially sophisticated ones [...] Indeed, enforcement of such a clause is why this appeal is being heard in the Fifth Circuit rather than in the Tenth, where the bankers filed suit*³⁴⁹ ». Pourtant, la Cour affirme par la suite que la clause de choix de loi incluse dans le contrat n'est pas aussi inattaquable que la clause d'élection de for. Elle procède ensuite à une application plus large de la section 187 du *Restatement (Second) of Conflict of Laws* : même si le lien substantiel entre le contrat et la loi texane est caractérisé, la loi de l'État de l'Oklahoma doit s'appliquer à la clause de non-concurrence en raison du lien plus important entre l'Oklahoma et l'affaire et parce que la loi de cet État est plus favorable pour les employés. Certes, cette affaire reste timide dans l'application de la section 187, dans la mesure où elle maintient que la loi applicable aux autres stipulations contractuelles est la loi texane. Toutefois, elle démontre la possibilité d'utiliser la section 187 pour atteindre une protection équivalente à celle du droit de l'Union, et plus encore la volonté de certains juges d'avoir recours à cette section de manière plus large.

121. La volonté de certaines cours de protéger les parties faibles. D'autres cours participent à ce mouvement visant à faire évoluer la jurisprudence étasunienne. Dans son arrêt *Stone Street Services, Inc. v. Daniels*³⁵⁰, la Cour fédérale pour le district de la Pennsylvanie a refusé de donner effet à une clause de choix de loi car celle-ci aurait privé le consommateur de la protection du droit de sa résidence habituelle. Cette tendance se retrouve aussi pour les clauses de choix de loi s'appliquant à des contrats de travail : dans *Wright v. Martek Power*,

³⁴⁶ *Ibid.* « They were told that if they did not sign the contracts, the merger might fall apart or that, if the merger did come to pass, their jobs with Prosperity could not be guaranteed absent the contract ».

³⁴⁷ US Court of Appeals, Fifth Circuit, 29 octobre 2015 : « *In June 2014, they filed a lawsuit against Prosperity in Oklahoma state court, seeking a declaration that the covenants were void and asserting claims for tortious interference with business relations and false representation* ».

³⁴⁸ Prosperity bank a saisi la justice du Texas, menant à la consolidation des deux affaires devant la Cour du District Sud du Texas, qui statua en faveur des plaignants, en partie. Prosperity Bank interjette donc appel de cette décision.

³⁴⁹ US Court of Appeals, Fifth Circuit, 29 octobre 2015, *Cardoni & al v. Prosperity Bank*.

³⁵⁰ US District Court for the District of Pennsylvania, 29 décembre 2000, *Stone Street Services v. Daniels*, n° 00-1904.

*Inc.*³⁵¹, par exemple, la Cour fédérale pour le district du Colorado a décidé de ne pas donner effet à une clause de choix de loi en raison des liens plus étroits entre l'employé et l'État du Colorado.

Cette volonté de protéger les parties faibles se retrouve aussi, si ce n'est plus, au niveau des juridictions fédérées, qui semblent peu à peu imiter le droit européen en protégeant plus efficacement les travailleurs, les consommateurs et les assurés. Dans *Pinela v. Neiman Marcus Group, Inc.*³⁵², la Cour d'appel de Californie invalide une clause compromissoire en application de la doctrine d'*unconscionability*. La Cour d'appel décide en ce sens en se fondant sur le fait que le droit du travail californien ne pourrait s'appliquer au litige si la clause compromissoire est efficace. Le droit choisi étant moins protecteur que le droit californien, la Cour d'appel considère la clause compromissoire comme invalide³⁵³. De même, dans l'arrêt *America Online, Inc. v. Superior Court*³⁵⁴, la Cour d'appel de Californie invalide un choix de loi dans un contrat de consommation car il résulterait dans l'application d'un droit moins protecteur des consommateurs que le droit californien. Par ailleurs, au niveau législatif, certains États fédérés se sont même dotés d'un code de choix de loi désignant la loi de la résidence habituelle du consommateur comme applicable. C'est le cas de l'Oregon³⁵⁵ et de la Louisiane³⁵⁶ par exemple, de la Virginie-Occidentale pour les contrats par Internet³⁵⁷.

122. Les similitudes avec le droit européen. Des principes similaires à ceux présents dans les règlements européens se retrouvent dans ces arrêts et dans ces textes, notamment l'application de la loi la plus favorable à la partie faible, l'attention particulière apportée aux contrats de consommation et de travail, l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Ces exemples ne permettent toutefois pas de dire que le droit américain, et plus particulièrement le droit fédéral américain, garantit une protection des parties faibles équivalente à celle des règlements Rome I et Bruxelles I refondu. En effet, de manière générale, le système américain reste imprévisible et ne comporte pas de régime de protection adapté. Ces exemples démontrent simplement que la jurisprudence étasunienne évolue, principalement au niveau des juges fédérés, vers une acceptation plus large des limites à l'autonomie de la volonté pour les contrats à partie faible.

II. – Les raisons de la convergence entre deux systèmes radicalement différents

123. Expliquer les raisons d'une convergence entre droit européen et étasunien. Les raisons d'une convergence sont à étudier dans la mesure où elle est réaliste : d'un côté, l'Union européenne pourrait étendre la conception de clause abusive contenue dans la directive 93/13 pour la rendre équivalente à la doctrine de l'« *unconscionability* » ; de l'autre, la jurisprudence étasunienne pourrait et semble d'ores et déjà dans la pratique, évoluer vers un modèle de protection proche du droit européen. Mais comment expliquer cela ? Comme nous l'avons vu, les deux systèmes sont opposés : que ce soit la définition d'une partie faible,

³⁵¹ US District Court for the District of Colorado, 12 avril 2004, *Wright v. Martek Power, Inc.*, n° 314 F. Supp. 2d 1065.

³⁵² Court of Appeal of the State of California, 1^{er} juillet 2015, *Pinela v. Neiman Marcus Group, Inc.*, n° A137520.

³⁵³ *Ibid.*, p. 25-26 de la décision.

³⁵⁴ California Court of Appeals, 21 juin 2001, *America Online, Inc. v. Superior Court*, n° A092813.

³⁵⁵ Oregon Revised Statutes, § 81.105 (4).

³⁵⁶ Louisiana Revised Statutes, § 51:1418 B and C (1).

³⁵⁷ West Virginia Code, Chapter 55, § 55-8-15.

l'approche retenue pour défendre ces dernières, la tradition juridique majoritaire de ces ensembles. Il est donc étrange qu'ils semblent tous deux se diriger vers une protection suivant des mécanismes similaires. Pour certains juristes, cette convergence est non seulement explicable par des données économiques, mais surtout inévitable³⁵⁸.

124. L'autonomie de la volonté comme base commune. En effet, l'acceptation large de l'autonomie de la volonté par les ordres juridiques occidentaux est due à la présomption par une majorité de la doctrine économique que la liberté des parties aura pour résultat un accord avantageux pour les cocontractants³⁵⁹. Cette logique, appliquée aux clauses de choix de loi et de règlement des différends, signifie que lorsque les parties arrivent à un accord sur la loi applicable, le juge ou l'arbitre compétents, elles en tirent chacune un avantage. Par exemple, les juridictions du lieu d'exécution du contrat n'ont pas les connaissances techniques nécessaires pour comprendre les enjeux du litige, tandis que l'arbitre choisi est spécialisé dans ce type de dispute. Les parties peuvent craindre que choisir la juridiction ou la loi du domicile de l'une d'entre elles ne puisse garantir une justice impartiale, et donc préfèrent choisir une loi ou donner compétence à un juge complètement détaché du litige. Tant que les parties s'accordent sur la loi applicable et la manière de régler les différends liés au contrat et n'atteignent pas les intérêts d'une tierce partie, cette vision de l'autonomie de la volonté mène idéalement à des contrats atteignant l'*optimum* de Pareto³⁶⁰, c'est-à-dire un contrat qui répondra de manière adéquate aux attentes des parties. Dans un tel contrat, l'équilibre ne pourra être modifié sans porter atteinte à l'une des parties. Cette logique d'admission de l'autonomie de la volonté rentre dans le cadre d'une théorie économique plus large considérant tous les acteurs économiques comme des êtres rationnels prenant les meilleures décisions pour leurs intérêts. Les États de l'Union européenne et les États-Unis admettent ces théories économiques et donc accordent aux parties à un contrat la liberté d'en établir les termes.

Toutefois, ce modèle économique échoue à prendre en compte les inégalités socioéconomiques observables dans les contrats entre professionnels et consommateurs lorsqu'il est appliqué à la réalité des échanges internationaux. En effet, des parties dans une position de force socioéconomique, au lieu de rechercher un contrat équilibré, vont adopter une posture opportuniste dans le but d'obtenir davantage du contrat. Cela peut se traduire par exemple, par le fait de ne pas partager certaines informations, ce qui arrive souvent dans le cadre de contrats de consommation, d'assurance ou de travail³⁶¹. Pour certains auteurs, cela ne signifie toutefois pas que les professionnels abusent de leur position, considérant

³⁵⁸ G. RUHL, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, Research Paper No. 4/2007, p. 31-41.

³⁵⁹ Voir, par exemple, H. SHAFER et K. LANTERMANN, « Jurisdiction and Choice of Law in Economic Perspective », *German Working Papers in Law and Economics*, vol. 2005, n° 1 ; F. ALFEREZ, « Regulatory Competition: A Private International Law Approach », *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, p. 251-270 ; A. GUZMAN, « Choice of Law: New Foundations », *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 28*, 2002 ; E. O'HARA et L. RIBSTEIN, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, p. 1151.

³⁶⁰ La possibilité qu'un contrat réponde aux critères de l'*optimum* de Pareto est toutefois discuté. Voir, entre autres, D. DRIESDEN, « Contract Law's Inefficiency », *College of Law Faculty – Scholarship* n° 67, 2012 ; Z. TAN, H. YANG et X. GUO, « Properties of Pareto-Efficient Contracts and Regulations for Road Franchising », *Transportation Research: Part B: Methodological*, Odette School of Business Publication, 2010, p. 415-433.

³⁶¹ G. RUHL, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », préc., p. 37.

notamment que les entreprises cherchent à conserver une image de marque³⁶². Cependant, cela ne semble pas être le cas, surtout pour des clauses de choix de loi ou de *forum* : elles ne seront activées que dans des cas épars et donc ne heurteront pas de manière importante l'image de la partie forte.

125. L'objectif similaire recherché par les deux droits. Dès lors, face aux risques menaçant certains individus, les États ont imposé des limites à l'autonomie de la volonté. L'intervention du gouvernement fédéral américain et celle de l'Union européenne ont donc pour objectif de conserver l'autonomie de la volonté comme principe des relations contractuelles, tout en cherchant à limiter ses effets néfastes sur les parties faibles en encadrant au niveau supranational ces clauses. L'objectif est donc le même, bien que les approches adoptées soient différentes, l'équilibre que cherchent à atteindre les deux ordres juridiques, à savoir le maintien de l'autonomie de la volonté comme principe et la protection des parties faible. Pour atteindre ce but et protéger de manière efficace les parties faibles, les mécanismes envisageables sont peu nombreux, et il semblerait donc que les deux droits développent peu à peu des mécanismes identiques.

126. L'inévitabilité d'une convergence. C'est pour ces raisons que pour certains auteurs, une convergence entre le droit de l'Union et le droit fédéral américain sur ces questions est inévitable, au moins dans la pratique, si ce n'est dans la théorie. Cette tendance semble se vérifier depuis le début des années 2000³⁶³. Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, des différences méthodologiques, théoriques et pratiques subsistent entre les deux droits. La création d'un cadre de régulation pour les clauses abusives en droit européen dépend de la possibilité de créer un droit des contrats européen, un projet peu discuté depuis celui présenté par le Livre vert de 2010³⁶⁴ ayant mené à deux directives : l'une sur la vente à distance, l'autre sur la fourniture de contenu numérique. Aux États-Unis, pour qu'une évolution jurisprudentielle soit si importante qu'elle provoque un nouveau *Restatement*, il est nécessaire que plus de cours fassent évoluer leur jurisprudence. Par conséquent, si d'un point de vue théorique la convergence entre les deux systèmes de protection semble inévitable, d'un point de vue pratique elle ne semble pas progresser. La question est donc à présent quand la convergence aura lieu, et surtout quelle forme elle prendra.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Voir, dans l'ensemble, G. RUHL, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », préc.

³⁶⁴ Commission européenne, Livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, non publié au *Journal officiel*.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

127. Objectifs de la deuxième partie. Le but de cette deuxième partie a été d'analyser comment les approches choisies par les États-Unis et l'Union européenne ont été implémentées et s'appliquent à des situations similaires. Plusieurs éléments sont à souligner.

128. Le droit européen plus protecteur que le droit étasunien pour les clauses de choix de loi. Tout d'abord, pour ce qui est des clauses de choix de loi, le droit étasunien crée peu de limites à leur effet et ces mesures ne sont pas mises en œuvre de manière uniforme par les cours étasuniennes. À l'inverse, le droit de l'Union crée une protection prévisible et efficace en limitant strictement les lois pouvant être choisies par les parties pour des contrats de consommation, de travail ou d'assurance. Il en va de même pour les clauses d'élection de for : le droit de l'Union ne les autorise que lorsqu'elles sont à l'avantage des parties réputées faibles. Aux États-Unis, la jurisprudence de la Cour suprême a développé un test pour vérifier l'efficacité de ce type de clauses, mais le test n'est pas appliqué rigoureusement par les juges, soulignant une fois de plus l'imprévisibilité du droit américain. Par conséquent, dans des situations similaires, le droit étasunien aura plus tendance à donner effet à des clauses de choix de loi et d'élection de for que le droit européen, le rendant moins protecteur.

129. L'intérêt d'une inspiration mutuelle. En outre, le droit étasunien est, sous certains aspects, plus complet que le droit de l'Union, dans la mesure où les clauses compromissaires ne sont pas encadrées par ce dernier. De même pour les contrats avec une partie non réputée faible pourtant dans une situation de faiblesse socioéconomique. Le droit de l'Union pourrait donc s'inspirer du droit étasunien pour encadrer les clauses de choix de loi et de *forum*, en laissant plus de marge d'appréciation au juge pour déterminer la faiblesse d'une partie ou le caractère abusif d'une telle clause. À l'opposé, le droit étasunien pourrait s'inspirer du droit communautaire pour développer une protection plus compréhensible, prévisible et efficace.

130. La convergence entre droit européen et droit étasunien sur le sujet de la protection des parties faibles. Enfin, certaines cours étasuniennes, surtout au niveau fédéré, se sont attelées à la lourde tâche d'orienter la jurisprudence étasunienne vers une protection plus complète des parties faibles en adoptant des tests plus rigoureux pour les clauses de choix de loi ou de *forum* et les clauses compromissaires. Pour une partie de la doctrine, une convergence entre le droit étasunien et le droit européen sur l'encadrement de ces clauses est nécessaire pour des raisons pratiques, mais surtout inévitable.

CONCLUSION GÉNÉRALE

131. La question de l'adéquation des systèmes de protection contemporains à la réalité des échanges internationaux. La protection des parties faibles est un sujet qui fait l'objet d'un regain d'intérêt de la part de la doctrine et des législateurs. Il est possible que la nature contemporaine des échanges internationaux, notamment la facilité d'accès aux biens et aux services de pays étrangers, rende nécessaire une nouvelle réflexion sur les conflits de lois et de juridictions. C'est pour cette raison qu'étudier l'adaptation de systèmes de protection existants à la nouvelle réalité des échanges économiques a été l'objectif de ce mémoire.

132. Les conclusions issues de la comparaison entre EU et UE. Pour ce faire, le présent travail a comparé la protection des parties faibles au contrat international aux États-Unis et dans l'Union européenne. L'hypothèse initiale était que le droit américain, perçu comme permettant plus de *laissez-faire*, serait moins protecteur que le droit de l'Union européenne. Toutefois, au vu des recherches effectuées, cette hypothèse n'est qu'en partie vérifiée. Sur le plan théorique, le droit européen semble plus restreint que le droit étasunien en adoptant une définition plus stricte de la partie faible. La multitude d'approches employées par l'UE semble être une preuve de la volonté d'adapter le régime des clauses de choix de loi et de juridiction à chaque catégorie de partie réputée faible. Le droit étasunien est quant à lui plus vague et donne une marge d'appréciation très, voire trop importante au juge.

C'est pour cette raison que le droit étasunien est imprécis, disparate sur la question. Néanmoins, l'objectif semble être de garantir une protection des parties faibles équivalente à celle du droit de l'Union. Les outils mis à la disposition des juges américains, à savoir la doctrine de l'« *unconscionability* » et les divers tests destinés à encadrer l'effectivité des clauses de choix de loi et de *forum*, sont censés pouvoir garantir une protection efficace des parties faibles. C'est en raison du manque d'uniformité dans la mise en œuvre de ces limites à l'autonomie de la volonté que le droit étasunien échoue là où le droit de l'Union semble réussir. Ce dernier a en effet réussi à créer un droit qui accorde une protection efficace aux parties faibles, basé sur de multiples approches issues de la doctrine et la prise en compte des critiques de ces approches. Toutefois, ce droit repose fondamentalement sur la définition stricte des parties faibles par le droit de l'Union européenne, réduisant grandement les situations où cette protection est mise en œuvre.

133. L'impossibilité d'identifier le droit le plus protecteur. Dès lors, affirmer qu'un droit est dans l'absolu plus protecteur que l'autre est difficile. Au mieux, il est possible de dire que dans des situations similaires avec une partie réputée faible, le droit européen est plus protecteur dans la mesure où il limite de manière plus sévère l'expression de l'autonomie de la volonté. Ce qui ressort toutefois de cette étude est le fait que chacune de ces approches de la protection de la partie faible et sa mise en œuvre comporte certaines failles. Il a donc été intéressant d'étudier comment ces droits pourraient s'influencer l'un l'autre. D'un côté le droit étasunien pourrait s'inspirer du droit européen en stabilisant sa jurisprudence et son droit, en définissant des critères clairs et précis d'appréciation de la validité d'une clause de choix de loi ou d'élection de for. De l'autre, le droit européen pourrait introduire un mécanisme similaire à l'« *unconscionability* » en le basant sur la doctrine des clauses abusives.

134. Un sujet n'étant que partiellement exploré. Enfin, le présent mémoire, en cherchant à comparer le droit européen et le droit étasunien a démontré que les deux étaient

inadaptés, à différents degrés, pour encadrer les relations contractuelles internationales incluant une partie faible. Le regain d'intérêt par la doctrine pour ce sujet constitue un premier pas dans la direction d'une protection des parties faibles uniforme et plus efficace.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

Ouvrages généraux

- B. ANCEL & Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, 998 pages.
- A. FOUILLEE, *La Science sociale contemporaine*, 2^{ème} édition, Hachette, Paris 1885, URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242911/f4.image.texteImage>.
- P. MAYER & V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12^{ème} édition, LGDJ collection Précis Domat, 2019, 800 pages.

Ouvrages Spécialisés

- M. ANCEL, P. DEUMIER & M. LAAZOUZI, *Droit des Contrats Internationaux*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2020, 813 p.
- H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 2002, 346 p.
- O. DIALLO, *Le Consentement des parties à l'arbitrage*, PUF, Genève, 2010, 292 p.
- G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, collection Les voies du droit, 2004, 209 p.
- F. FERRARI, *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Jurisnet, 2017, 710 p.
- J.-M. JACQUET, *Le Contrat international*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1999, 136 p.
- J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, 342 p.
- P. KINSCH, *Le Rôle du politique en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 402, Brill-Nijhoff, 2019, 384 p.
- S. LE GAC-PECH, *La Proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, 580 p.
- P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, 320 p.
- F. POCAR, *La Protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, Brill-Nijhoff, vol. 188, Brill-Nijhoff, 1984.
- C. REED, *Internet Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 376 p.
- P. ROGERSON, *Collier's Conflict of Laws*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 515 p.
- M. SALAH, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 315, Brill-Nijhoff, 2005.
- S. SYMEONIDES, *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 384, Brill-Nijhoff, 2017.
- S. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Kluwer Law International, 2008, 216 p.

Thèses

- B. ARFAOUI, *L'Interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, thèse sous la direction de Eric GARAUD, Université de Limoges, 2008, 442 p.
- J.-P. CHAZAL, *De la Puissance économique en droit des obligations*, thèse sous la direction de Dominique LEFEBVRE, Université Pierre Mendès-France, Grenoble II, 1996, 658 p.

- O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, thèse sous la direction de Frédérique GROSHEIDE, Utrecht University, 2007, 629 p.
- L. DUTHEIL-WAROLIN, *La Notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse sous la direction de Jacques LEROY, Université de Limoges, 2004.
- P. GUEZ, *L'Élection de for en droit international privé*, thèse sous la direction de Géraud De GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Paris X, 2000, URL : <http://www.glose.org/th004-htm.htm>.
- F. LECLERC, *La Protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, thèse sous la direction de Danièle ALEXANDRE, Université Strasbourg III, 1980, 780 p. (publiée chez Bruylant en 1995)
- E. MOREAU, *Loi de police et contrat international de travail*, thèse sous la direction de Antoine LYON-CAEN, Paris X, 1993, 652 p.

Articles

- F. ALFEREZ, « Regulatory Competition: A Private International Law Approach », *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, 1999, pp. 251-270.
- J. BASEDOW, « The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 687-709.
- H. BATIFFOL, « Contrats de conventions », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit international*, n°9, 1968.
- H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme en droit international privé des contrats », Mélanges Maury, Dalloz/Sirey, Paris, 1960, vol. 1, <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/MEL-MAURY.pdf>.
- R. BAUERFELD, « Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination? », *Columbia Law Review*, Vol. 82, 1982, URL : <https://www.jstor.org/stable/1122297?seq=1>.
- L. BOCHOVE, « Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law », *Erasmus Law Review*, vol. 7, 2014, pp. 147-156.
- L. BRILMAYER et D. LISTWA, « Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back? », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018-2019, URL : <https://www.yalelawjournal.org/forum/continuity-and-change-in-the-draft-restatement-third-of-conflict-of-laws>.
- L. BRILMAYER, « What I Like Most About the Restatement (Second) of Conflicts, and Why it Should not be Thrown out With the Bathwater », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 144-149.
- H. BUXBAUM, « Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion », *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 12, 2004, pp. 185-210.
- J. CAMAROTE, « The Need to Apply Unconscionability Directly to Choice-Of-Law Clauses », *Seton Law Review*, vol. 39, 2009, pp. 605-633.
- T. CARBONNEAU « Étude historique et comparée de l'arbitrage : Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 36, 1984, URL : https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1984_num_36_4_1557.
- J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », Colloque sur la vulnérabilité et le droit, Université Pierre Mendès-France, Grenoble II, 23 mars 2000, URL : <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053489>.
- J. CORR, « Modern Choice of Law and Public Policy: The Emperor Has the Same Old Clothes », *Faculty Publications*, William & Mary Law School Scholarship Repository, 1985, pp. 647-696.
- G. COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », dans M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 143-174.
- E. CRAWFORD & J. CARRUTHERS, « Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, pp. 1-29.

- A. DONEFF, « Arbitration Clauses in Contracts of Adhesion Trap Sophisticated Parties Too », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2010, pp. 235-270.
- C. DRAHOZAL & R. FRIEL, « Consumer Arbitration in the European Union and the United States », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 357-394.
- D. DRIESDEN, « Contract Law's Inefficiency », *College of Law Faculty – Scholarship*, n°67, 2012, URL : <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=lawpub>.
- B. DUBUISSON & G. TOSSENS, « Les relations entre professionnels en droit belge », dans M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 429-476.
- B. DUTOIT, « Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne », dans G. VENTURINI & S. BARIATTI, *Mélanges de Fausto Pocar*, Volume 2, Milan, Giuffrè, 2009.
- G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », dans C. LEBEN, E. LOQUIN & M. SALEM, *Souveraineté étatique et contrats internationaux à la fin du 20 siècle, à propos de trente ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, Paris, 2000.
- I. FARQHARSON, « Choice of Forum Clauses - A Brief Survey of Anglo-American Law », *International Lawyer*, vol. 8, 1974, pp. 83-102.
- F. FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », article inédit, URL : <https://www.pug.fr/extract/107>.
- S. GAVIN, « Unconscionability Found: A Look at Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements 10 Years after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto », *Cleveland State Law Review*, vol. 54, 2006, URL : <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol54/iss3/3/>.
- R. GOKSOR, « Jurisprudence on Protection of Weaker Parties in European Contracts Law From a Swedish and Nordic Perspective », *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, 2006, pp. 184-250.
- A. GUZMAN, « Choice of Law: New Foundations », *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 28*, 2002.
- J. HEALY, « Consumer protection choice of law: European Lessons for the United States », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 19, 2009, pp. 535-558.
- D. HORTON, « Unconscionability Wars », *Northwestern University Law Review*, vol. 106, 2011, pp. 387-408.
- P. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandise », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, 1981, URL : https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_4_3228.
- F. KESSLER, « Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract », *Faculty Scholarship Series*, paper 2731, 1943, URL : <https://pdfs.semanticscholar.org/c771/0e052126683c39dbcf3753aefd77bb4d0666.pdf>.
- C. KNAPP, « Unconscionability in American Contract Law A Twenty-First-Century Survey », *UC Hasting Research Paper*, vol. 71, 2013, URL : <https://doi.org/10.1017/CBO9781139235662.019>.
- F. KNIPPENBERG & J. WOODWARD, « Uniformity and Efficiency in the Uniform Commercial Code: A Partial Research Agenda », *The Business Lawyer*, vol. 45, 1990, pp. 2519-2531.
- J. KRAHMER & H. GABRIEL, « Article 1 and Article 2A: Changes in the Uniform Commercial Code Regarding General Provisions of Sales and Leases », *DePaul Commercial Business and Commercial Law Journal*, vol. 2, 2004, pp. 691-705.
- V. LAZIC, « Procedural Justice for 'Weaker Parties' in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme », *Utrecht Law Review*, vol. 10, 2014, pp. 100-117.
- M. LES BENEDICT, « Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez-Faire Constitutionalism », *Law and History Review*, vol. 3, 1985, pp. 293-331.
- J. LEVY, « Prospect Theory, Rational Choice, and International Relations », *International Studies Quarterly*, vol. 41, March 1997, pp. 87-112.

- E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 17e année, 2004-2006, 2008, URL : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2008_num_17_2004_1172.
- J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux Comité Français de Droit international Privé*, 12^{ème} année, 1993-1995, pp. 23-47, URL : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1996_num_12_1993_1043.
- P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », dans J. GHESTIN et M. FONTAINE, *La Protection de la partie faible dans les rapports conflictuels — Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996.
- J. MURRAY Jr., « Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts », *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, pp. 735-784.
- J. NYARKO, « We'll See You in . . . Court! The Lack of Arbitration Clauses in International Commercial Contracts », *International Review of Law and Economics*, Volume 58, 2019, pp. 6-24.
- E. O'HARA, L. RIBSTEIN, « From Politics to Efficiency in Choice of Law », *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, p. 1151-1232.
- C. PAPARELLA, J. BEN-ASHER & J. AMADEO, « International Arbitration – USA », dans J. TIRADO, *International Arbitration Laws and Regulations 2020*, 2020, URL : <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-301>.
- M. PIERS, « Consumer Arbitration in the EU: A Forced Marriage with Incompatible Expectations », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, 2011, pp. 209-230.
- S. PLASS, « Reforming the Federal Arbitration Act to Equalize the Adjudication Rights of Powerful and Weak Parties », *Catholic University Law Review*, vol. 65, 2016, pp. 79-128.
- H. PRINCE, « Unconscionability in California: A Need for Restraint and Consistency », *Hastings Law Journal*, vol. 46, 1995, pp. 460-554.
- M. REIMANN, « Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century », *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 572-605.
- G. RHUL, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, Research Paper No. 4/2007, pp. 1-41.
- K. ROOSEVELT III & B. JONES, « The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: A Response to Brilmayer & Listwa », *The Yale Law Journal*, vol. 128, 2018-2019, URL : <https://www.yalelawjournal.org/forum/a-response-to-brilmayer-listwa>.
- K. ROOSEVELT, « Brainerd Currie's Contribution to Choice of Law: Looking Back, Looking Forward », *Mercer Law Review*, vol. 65, 2014, pp. 501-520.
- K. ROOSEVELT & B. JONES, « What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 139-143.
- K. ROOSEVELT & L. LITTLE, C. WHYTOCK, « Project for a new restatement of conflict of laws », *The American Law Institute Advisor*, URL : <http://www.thealiadviser.org/conflict-of-laws/>.
- G. RÜHL, « The Protection of Weaker Parties in the Private International Law of the European Union : A Portrait of Inconsistency and Conceptual Truancy », *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, pp. 335-358.
- K. SEIN & R. PIIR, « Law Applicable to Consumer Contracts Interaction of the Rome I Regulation and EU-directive-based Rules on Conflicts of Laws », *Juridica International Law Review, University of Tartu*, 2016, URL : <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=15641>.
- H. SHAFER & K. LANTERMANN, « Jurisdiction and Choice of Law in Economic Perspective », *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2005, n°1.
- G. SIMSON, « The Public Policy Doctrine in Choice of Law: A Reconsideration of Older Themes », *Washington University law Quaterly*, 1974, URL : https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2684&context=law_lawreview

- G. SMITH, « Choice of Law in the United States », *Hastings Law Journal*, vol. 38, 1987, pp. 1041-1174.
- J. STEMPEL, « Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism », *Ohio journal on dispute resolution*, vol. 19, 2004, pp. 757-60.
- M. STORME, « Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law », *Juridica International Law Review*, vol. 11, 2006, pp. 34-44, URL : https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2006_1_34.pdf.
- S. SYMEONIDES, « Choice of Law in the American Courts in 2016: Thirtieth Annual Survey », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017, 78 p.
- S. SYMEONIDES, « Choice of Law in the American Courts in 2018: Thirty-Second Annual Survey », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 67, 2017.
- S. SYMEONIDES, « The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing », *Maryland Law Review*, vol. 56, 1997, pp. 1248-1283.
- S. SYMEONIDES, « The Scope and Limits of Party Autonomy in International Contracts: A Comparative Analysis », dans F. FERRARI & D. ARROYO, *The Continuing Relevance of Private International Law and New Challenges*, Elgar Monographs in Private International Law, 2019, 47 p., URL : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359988.
- D. SZWAK, « Uniform Computer Information Transactions Act [U.C.I.T.A.]: The Consumer 's Perspective », *Louisiana Law Review*, vol. 63, 2002, pp. 27-51.
- Z. TAN, H. YANG & X. GUO, « Properties of Pareto-Efficient Contracts and Regulations for Road Franchising », *Transportation Research: Part B: Methodological*, Odette School of Business Publication, 2010, URL : <https://scholar.uwindsor.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=odettepub>.
- S. TANG, « Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts », *Journal of Private International Law*, vol. 3, no. 1, April 2007, pp. 113-136.
- S. TANG, « Exclusive choice of *forum* clauses and consumer contracts in e-commerce », *Journal of Private International Law*, vol. 1, 2005, pp. 237-268.
- L. TICHY, « La notion du consommateur en tant que partie contractante en droit tchèque et européen », *Cahiers du CEFRES*, vol. 27, 2001, URL : http://www.cefres.cz/IMG/pdf/tichy_2001_consommateur_droit_tcheque_europeen.pdf.
- C. VAZQUEZ, « Introduction to Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws », *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 137-138.
- G. VIRASSAMY, « Les relations entre professionnels en droit français », dans M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 479-511.
- T. WOLFF, « Choice of Law and Jurisdictional Policy in the Federal Courts », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, pp. 1847-1894.
- W. WOODWARD, « Constraining Opt-Outs: Shielding Local Law and Those It Protects from Adhesive Choice of Law Clauses », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 9, 2006, pp. 9-94, URL : <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol40/iss1/2>.
- W. WOODWARD, « Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era of Party Autonomy », *SMU Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 697-793.
- W. WOODWARD, « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration », *Hastings Business Law Journal*, vol. 2, 2006, pp. 1-46.
- C. YONG, « The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions », *Oxford University Comparative Law Forum*, vol. 1, 2011, URL : ouclf.law.ox.ac.uk.
- G. ZAPHIROU, « Choice of *Forum* and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements », *Maryland Journal of International Law*, vol. 3, 1978, pp. 311-334.

M. ZHANG, « Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy », *Akron Law Review*, vol. 41, 2015, pp. 123-173.

SOURCES OFFICIELLES

Droit de l'Union européenne

Jurisprudence

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, affaire C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

CJCE, 15 janvier 1987, *H. Shenavai contre K. Kreischer*, affaire C-266/85, ECLI:EU:C:1987:11.

CJCE, 14 mars 1991, *Di Pinto*, affaire C-361/89, ECLI:EU:C:1991:118 .

CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, affaire C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337.

CJUE, 13 décembre 2007, *FBTO Schadeverzekeringen*, affaire C-463/06, EU:C:2007:792, §28.

CJUE, 15 mars 2011, *Heiko Koelzsch contre État du Grand-Duché de Luxembourg*, affaire C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

CJUE, 15 décembre 2011, *Jan Voogsgeerd contre Navimer SA*, affaire C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842.

CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker contre Melitta Josefa Boedeker*, affaire C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551.

CJUE, 14 janvier 2014, *Constructora Principado*, affaire C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10.

CJUE, 30 avril 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, affaire C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.

CJUE, 10 septembre 2015 *Holterman Ferho Exploitatue et Otros ./ M. Spies von Büllenheim*, affaire C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574.

CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c/ Amazon UE*, affaire C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612.

CJUE, 14 févr. 2019, *Milivojević*, affaire C-630/17, ECLI:EU:C:2019:123.

CJUE, 3 oct. 2019, *Jana Petruchová*, affaire C-208/18, ECLI:EU:C:2019:825.

CJUE, 27 févr. 2020, *AAS « BALTA »*, affaire C-803/18, ECLI: ECLI:EU:C:2020:123.

Textes

Commission Européenne, Livre vert de la Commission du 1 juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Non publié au Journal officiel.

Commission Justice et Affaires Intérieures, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, COM (2005) 650, proposition déposée le 21/12/2005.

MEMO/92/68 de la commission européenne, *La Politique Des Consommateurs Dans La Communauté Européenne- Vue D'ensemble*, 18 décembre 2012.

Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, 18e année, n° C 92, 25 avril 1975, pp. 1-16.

Résolution du Conseil du 19 mai 1981 concernant un deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE*, C 133, 24e année, 3 juin 1981, pp. 1-12.

Premier protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention de 1980, Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998 p. 47-51 et Deuxième protocole attribuant à la Cour de justice une compétence pour interpréter la convention de 1980, Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998, pp. 52-53.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) /* COM/2005/0650 final - COD 2005/0261.

Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, 98/257, *JOUE*, n° L115, 1998, p. 31-34.

Communication De La Commission, *Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, *JOUE*, n° C 323, 2019, pp. 4-92.

Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 299, 1972, pp. 32-42.

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel n° C-027, 1998, pp. 34-46.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOUE*, n° L 178, 2000, pp. 1-16.

Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, *JOUE*, n°L-11, 2002, pp. 4-17.

Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE*, n° L 299, 2003, pp. 9-19.

Directive 2004/57/CE de la Commission du 23 avril 2004 sur l'identification des articles pyrotechniques et de certaines munitions aux fins de la directive 93/15/CEE du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions concernant la mise sur le marché et le contrôle des explosifs à usage civil, *JOUE*, n° L 127, 2004, pp. 73-80.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales modifiant la directive 84/450/CE et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE, *JOUE*, n° L 149, 2005, pp. 22-39.

Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOUE*, n° L 376, 2006, pp. 21-27.

Directive 2008/43/CE de la Commission du 4 avril 2008 portant mise en œuvre, en application de la directive 93/15/CEE du Conseil, d'un système d'identification et de traçabilité des explosifs à usage civil, *JOUE*, n° L 94, 2008, pp. 8-12.

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, *JOUE*, n° L 133, 2008, pp. 66-92.

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE*, n° L 136, 2008, pp. 3-8.

Directive 2009/138/CE du 28 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, *JOUE*, n° L335, p.1.

Directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, *JOUE*, n°L-170, 30.6.2009, p-p. 1-37.

Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant les directives 93/13/CEE et 1999/44/CE, *JOUE*, n° L.304, 2011, pp. 64-88.

Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JOUE*, n° L 165, 2013, pp. 63-79.

Directive 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances, *JOUE*, n° L 26, 2016, pp. 19-59.

Directive 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, *JOUE*, n° L 186, 2019, pp. 105-121.

Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JOUE*, n° L 382, 1986, pp. 17-21.

Directive 93/13/CEE, 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE*, n° L 95, 2, 1993, pp. 29-34.

Directive Européenne n°99-34 du 10 mai 1999 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85-374 du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOUE*, n° L 141, 1999, p. 20.

Règlement 924/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté et abrogeant le règlement 2560/2001, *JOUE*, n° L 266, 2009, pp. 11-18.

Règlement n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit Rome II, *JOUE*, vol. L199, 2007, pp. 40-49.

Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, n° L-351, pp. 1-32.

Règlement n°864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE*, n°L-199, 2007, pp. 40-49, article 14.

Règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE*, n° L 160, 2000, pp. 1-18.

Traité sur l'Union Européenne – version révisée par le traité de Lisbonne entrée en vigueur le 31 décembre 2009.

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne - version révisée par le traité de Lisbonne entrée en vigueur le 31 décembre 2009.

Droit américain

Jurisprudence

Court of the 2nd District of Illinois, 2 mai 2016, *Dancor Const., Inc. v. FXR Const., Inc.*, n°N.E.3d 796.

Superior Court of Suffolk County, 14 décembre 2018, *Somerset Fine Home Bldg., Inc. v. Simplex Indus., Inc.*, n°51845.

Court of Appeal of Texas, 2 mai 2016 *Merritt, Hawkins & Associates, LLC v. Caporicci*, n° WL 1757251.

Court of Appeal of California, 21 mars 2016, n°WL 1090176, non-publiée.

Court of Appeal of California, 23 février 1998, *Application Group, Inc. v. Hunter Group, Inc.*, A07152.

Court of Appeal of California, 1er juillet 2015, *Pinela v. Neiman Marcus Group, Inc.*, n°A137520.

Court of Appeal of California, 21 juin 2001, *America Online, Inc. v. Superior Court*, n°A092813.

Court of Appeals of Oregon, *Capitol One Bank v. Fort*, n°C074503CV, 13 avril 2011.

Court of Appeals of Texas, First District, 30 novembre 2006, *Nexen Inc. v. Gulf Interstate Engineering Co.*, n°01-04-01223-CV.

US Court of Appeals for the 2nd District, 21 novembre 1990, *Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co.*, 919 F.2d 822.

US Court of Appeals of the 2nd Circuit, 15 juillet 1955, *Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line Limited*, n° 224 F.2d 806.

US Court of Appeals of the 2nd Circuit, 1998, *Evolution Online Systems, Inc. v. Koninklijke PTT Nederland N.V.*, 145 F.3d 505.

US Court of Appeals of the 5th circuit, 2016, *World Fuel Services (Singapore) Ltd. v. Bulk Juliana, Ltd.*, n°822 F.3d 766.

US Court of Appeals, Fifth Circuit, 29 octobre 2015, *Cardoni & al v. Prosperity Bank*, n°14-20682 et 15-20005.

US Federal Court of Appeal of the District of Columbia, 1965, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445.

US Federal District Court for the District of Colorado, 12 avril 2004, *Wright v. Martek Power, Inc.*, n°314 F. Supp. 2d 1065.

US Federal District Court for the District of Pennsylvania, 29 décembre 2000, *Stone Street Services v. Daniels*, n°00-1904.

US Federal District Court, 28 février 1975, *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*, 390 F. Supp. 361.

US Federal District Court, 8 mai 2001, *Meridian Seafood Products, Inc. v. Fianzas Monterrey S.A.*, 149 F. Supp. 2d 1234.

US SC, 10 mars 1947, *Gulf Oil Corporation vs. Gilbert*, 330 U.S. 501.

US SC, 17 avril 1991, *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585.

US SC, 1972, *Bremen v. Zapata Offshore Company*, 407 U.S. 1.

US SC, 20 juin 1988 *Stewart Org. Inc. v. Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22, § 29-30.

US SC, 2008, *Splendid Shipping Sendirian Berhad v. Trans-Tec Asia*, 555 U.S. 1062.

US SC, 2010, *Rent-A-Center, West Incorporated v. Jackson*, 130 S. Ct 2772.

US SC, 27 avril 2011, *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, n°09-893.

US SC, 3 décembre 2013, *Atlantic Marine Construction Co. v. United States District Court for the Western District of Texas*, WL 6231157.

Textes

Restatement (first) Conflict of Laws

29 U.S.C., §203 et suivants.

29 U.S.C., ch. 15, § 651 et suivants.

33 U.S.C., ch. 18, § 901-980.

42 U.S.C., § 7384 et suivants.

30 U.S.C., ch. 22, § 921–925 et 30 U.S.C., ch. 22, § 931–945.

15 U.S.C., §45.

12 U.S.C., §1830-1831 ; 15 U.S.C., § 1681 et suivants.

Federal Arbitration Act, 9 U.S. Code, Title 9.

U.S. Supreme Court, Rules of the Supreme Court of the United States, 18 avril 2019.

Autres droits

Jurisprudence

Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1910, *American Trading Company*.

Cass. civ., 17 mai 1927, *Pelissier du Besset*, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cass. civ. n° 77 p. 163.

Cass. com., 21 juin 1950, *arrêt dit des Messageries Maritimes*.

Cass. com., 27 avril 1964, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation n° 375 p. 317.

Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1980, Tardieu, n°79-13990.

Textes

Article 1171 du Code civil français.

Article 1143 du Code civil français.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGNES ET ACRONYMES	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
PREMIÈRE PARTIE. – LES DIVERGENCES DANS LA CONCEPTION THÉORIQUE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	28
CHAPITRE I. – LA DÉFINITION JURIDIQUE DU CONCEPT DE PARTIE FAIBLE	28
SECTION I. – LA DÉFINITION DE LA PARTIE FAIBLE AUX EU ET DANS L’UE.....	28
I. – L’identification de groupes de personnes réputées faibles par le droit de l’UE.....	29
II. – L’absence de définition claire de la partie faible aux États-Unis.....	32
SECTION II. – LA DIFFICULTÉ DE PARVENIR À UNE DÉFINITION SATISFAISANTE.....	35
I. – Les conséquences d’une définition restrictive de la partie faible	35
II. – Les conséquences de la large marge d’appréciation du juge américain	37
CHAPITRE II. – LA DÉTERMINATION DE LA MÉTHODE DE PROTECTION	40
SECTION I. – LES DIVERSES APPROCHES PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE.....	40
I. – Les diverses méthodes de protection des parties faibles des clauses de choix de loi	40
II. – Les approches pour limiter les clauses de règlement des différends.....	45
SECTION II. – LES APPROCHES RETENUES PAR LES ÉTATS-UNIS ET L’UNION EUROPÉENNE.....	50
I. – L’utilisation d’approches diverses par l’UE.....	50
II. – L’approche étasunienne entre laisser-faire et protection uniforme.....	54
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	56
DEUXIÈME PARTIE. – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	57
CHAPITRE II. – L’EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION CONCRÈTE DES PARTIES FAIBLES	57
SECTION I. – LES DIVERGENCES DANS LE TRAITEMENT DES CLAUSES DE CHOIX DE LOI	57
I. – La protection large mais superficielle du droit américain.....	57
II. – La stabilité et la prévisibilité du modèle de protection européen	59
SECTION II. – LES DIVERGENCES DANS LE TRAITEMENT DES CLAUSES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS..	63
I. – L’absence d’une protection efficace dans la pratique jurisprudentielle étasunienne	63
II. – La possibilité réduite de choisir un forum en droit de l’UE	65
CHAPITRE II. – LA POSSIBILITÉ D’UNE INSPIRATION MUTUELLE	69
SECTION I. – RÉSOUDRE LES FAILLES DE CES DROITS EN S’INSPIRANT DE L’AUTRE	69
I. – Compléter le droit de l’Union européenne	69
II. – Résoudre l’imprévisibilité juridique aux États-Unis.....	72
SECTION II. – VERS CONVERGENCE ENTRE LES DEUX SYSTÈMES DE PROTECTION ?	75
I. – L’évolution jurisprudentielle étasunienne récente	75
II. – Les raisons de la convergence entre deux systèmes radicalement différents	77
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	80
CONCLUSION GÉNÉRALE	81
BIBLIOGRAPHIE	83