

UNIVERSITÉ PANTHÉON- ASSAS PARIS II
MAGISTÈRE JURISTE D'AFFAIRES – D.J.C.E.
D.E.S.S. DE DROIT DES AFFAIRES
2004-2005

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET DROIT DE LA CONSOMMATION

Sous la direction de Monsieur le professeur Dominique Bureau

MÉMOIRE D'ADMISSION
par Élodie LACHAMBRE

PLAN SOMMAIRE :

INTRODUCTION	p.4
 I – DE LA LICÉITÉ DE L'ARBITRAGE D'UN LITIGE ENTRE UN CONSOMMATEUR ET UN PROFESSIONNEL :	
A) QUESTION DE LA LICÉITÉ EN DROIT FRANÇAIS	p.12
<u>1 – L'arbitrabilité des litiges de droit de la consommation</u>	p.13
a) L'arbitrabilité dans l'arbitrage interne régi par le droit français	p.14
b) L'arbitrabilité dans l'arbitrage international régi par le droit français	p.18
<u>2 – La licéité de la clause compromissoire</u>	p.23
a) nullité certaine dans un contrat de consommation dans l'ordre interne.....	p.24
b) nullité incertaine dans un contrat de consommation dans l'ordre international.....	p.27
B) QUESTION DE LA LICÉITÉ EN DROIT COMPARÉ	p.31
<u>1- L'arbitrage privé : l'exemple des États-Unis</u>	p.31
a) un encadrement légal et jurisprudentiel.....	p.31
b) une mise en place progressive	p.34
c) l'exemple d'un arbitrage organisé par les grandes entreprises du secteur	p.36
<u>2 – L'arbitrage public en Espagne et au Portugal</u>	p.37
a) une organisation légale	p.37
b) une institutionnalisation sécurisante	p.38

II – DE L'OPPORTUNITÉ DE L'ARBITRAGE D'UN LITIGE ENTRE UN CONSOMMATEUR ET UN PROFESSIONNEL :

A) L'INADAPTATION DES MODES ACTUELS DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE DROIT DE LA CONSOMMATIONp.41

1 – inadaptation des procédures de droit communp.42

a) L'accès au jugep.42

b) L'accès au droitp.44

2 – insuffisance de la médiation ou de la conciliationp.45

B) L'ADAPTABILITÉ DES PROCÉDURES D'ARBITRAGEp.46

1 – comparaison avec les mécanismes de droit interne :p.46

a) comparaison avec les clauses attributives de juridiction en matière internationalep.47

b) comparaison avec les autres branches du droit marquées par l'ordre public.....p.50

2 - propositions pour faciliter la réalisation d'une procédure d'arbitragep.51

a) étude critique de l'arbitragep.51

b) adaptations envisageablesp.53

CONCLUSIONp.55

INTRODUCTION :

« *Les faibles ont des problèmes. Les forts ont des solutions.* »

L'arbitrage des litiges de consommation peut-il être une solution ?

La relation entre un professionnel et un consommateur est naturellement déséquilibrée. Grâce à sa compétence, aux informations dont il dispose, et souvent à son poids financier, le professionnel dicte sa loi au consommateur. Sans que abus et mauvaise foi en soient une conséquence inéluctable, il n'en reste pas moins que, par la nature de cette relation, le consommateur risque d'être victime de la position de supériorité de son cocontractant.

* *
*

Le droit de la consommation cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs. Il met à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droits pour les seconds.¹

Paradoxalement, le Code de la consommation ne propose pas de définition des notions de professionnel et de consommateur. Celles-ci relèvent donc de la doctrine et de la jurisprudence.

Le professionnel est une personne, physique ou morale, qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée (ce qui en fait sa spécialité) de production, de distribution ou de prestation de services. Cette spécialisation fait la force du professionnel qui est donc plus compétent que le consommateur, simple personne, physique ou morale², qui se procure ou utilise le bien ou service pour un usage non professionnel.

Quelques incertitudes demeurent quant à ces définitions. Consommateur et professionnel ne sont pas automatiquement exclusifs l'un de l'autre, et il subsiste une zone d'ombre où la distinction entre les deux s'estompe, soit qu'une personne passe un acte nécessaire à sa profession future alors qu'elle ne l'exerce pas encore³, soit que le professionnel agisse en dehors de sa spécialité bien que dans un but professionnel⁴.

1 Calais Auloy, Steinmetz, *droit de la consommation* ; 4^e éd., Dalloz.

2 Alternative vérifiée en droit interne mais non en droit communautaire qui ne retient que les personnes physiques.

3 Pour la Cour de cassation, le but professionnel suffit à écarter le droit de la consommation. Civ. 1 re, 10 juillet 2001, D. 2002.som.932, obs. Tournafond ; D. aff. 2001.2828, obs. Rondey ; RTD civ. 2001.873, obs. Mestre et Fages.

4 La Cour de cassation se réfère désormais au rapport direct (excluant l'application du droit de la consommation), ou indirect (autorisant l'application du droit de la consommation) avec l'activité professionnelle, et pour l'appréciation duquel elle s'en remet au pouvoir souverain des juges du fond. Civ. 1 re, 24 janvier 1995, D. 1995.J.327, note Paisant ; D. 1995.som.229, obs. Delebecque, D. 1995.som.310, obs. Pizzio ; RTD civ. 1995.362, obs. Mestre.

Si la jurisprudence propose des critères de distinction, la doctrine quant à elle se partage entre les partisans d'une conception souple du consommateur⁵ - un auteur proposant même d'étendre les règles du droit de la consommation à tous les contractants économiquement faibles⁶ - et les partisans d'une conception stricte pour plus de sécurité juridique⁷.

Le critère jurisprudentiel du lien direct avec la profession, apparemment favorable à la conception large, se révèle en pratique plus proche de la conception stricte, le rapport étant souvent jugé direct par les juges du fond.

En tout état de cause, sera privilégiée dans cette étude une acception finaliste du droit de la consommation, substituant presque au binôme professionnel-consommateur, le binôme compétent-profane, afin de se conformer avec les arrêts initiateurs de cette branche du droit, notamment l'arrêt *Prunier*⁸.

Cet arrêt de 1843 est l'un des premiers à condamner l'abus de puissance d'une partie forte à l'égard de la faible, alors même que le droit de la consommation n'existait pas encore ; ce qui conduit ainsi certains⁹ à voir dans cet arrêt l'acte de naissance du droit de la consommation.

Les faits sont simples et symptomatiques : un litige opposait le sieur Prunier à son assureur à propos du règlement d'une indemnité d'assurance-incendie. Cependant, le contrat de souscription comportait une clause prévoyant un arbitrage de tout litige au siège de la compagnie, c'est-à-dire à Paris. L'assuré saisit le tribunal territorialement compétent en vertu du droit commun (celui de son domicile), mais se vit opposer un déclinatoire de compétence fondé sur la clause compromissoire. En première instance et en appel, la nullité de la clause fut retenue.

Le débat tournait essentiellement autour de la qualification de la convention d'arbitrage : le compromis, contrat nommé, aurait été nul car il ne respectait pas les formalités *ad validitatem* posées par la loi (mention du nom des arbitres et de l'objet du litige), alors que la clause compromissoire, contrat innommé, et comme tel sujet aux règles générales des conventions et à la liberté contractuelle, aurait été licite¹⁰.

Le défendeur au pourvoi (l'assuré), consacra de surcroît quelques développements relatifs à des considérations de fait et d'équité, en dénonçant « *un article furtivement glissé dans la partie imprimée d'une police d'assurance* » et forçant « *l'assuré, pour des intérêts quelquefois importants,*

5 Blauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », écrits en hommage à Gérard Cornu, 1995, Bourgoin, « Éléments pour une théorie du droit de la consommation », Story Scientia.

6 Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997.chron.260.

7 Aubert, obs. Au D. 1988.som.407 ; Leveneur, « contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », Contrats, conc. Consom. Avr. 1996 ; Malinvaud, D. 81.chron.49 ; Paisant, JCP 1996.II.22747, Calais Auloy et Steinmetz, op.cit.

8 Cass. Civ., 10 juillet 1843, S.1843, 1, p. 561 ; Rev.arb. 1992, 399 et 259.

9 C. Jarrosson, E. Loquin, Th. Clay

10 Conclusions contraires de l'avocat général Hello, sous cass. civ., 10 juillet 1843, S.1843,1,p.561 et Rev.arb., 1992,399.

mais le plus souvent minimes, de venir plaider devant un tribunal arbitral, dont les éléments lui (seraient) totalement inconnus ». Le fait se devait de venir à l'appui du droit selon les termes du mémoire.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi par des motifs critiquables, en appliquant à la clause compromissoire des textes spécifiques au compromis, mais usa d'une motivation sensible aux arguments précités du défendeur au pourvoi. Elle insista ainsi sur sa crainte de voir cette stipulation devenir « *en quelque sorte banale et de pur style* », ce qui priverait « *des garanties que présentent les tribunaux* ». Le souci de protection des parties faibles est sous-jacent : il faut mettre en garde le citoyen contre sa propre irréflexion (grâce à l'application du formalisme *ad validitatem* et donc par l'annulation de la clause compromissoire), et éviter que les assurés ne soient forcés par la partie dominante.

L'arrêt *Prunier* condamne ouvertement la généralisation de la clause compromissoire suite au développement des contrats d'adhésion, clause qui, tout en usant du déséquilibre préexistant entre les parties, ne saurait que l'accroître encore davantage.

Assuré/assureur, partie faible/partie forte, il n'est que trop aisé de voir dans cet arrêt une préfiguration du droit de la consommation, de la nécessité de protéger le consommateur contre le professionnel.

Ironie de l'histoire ou absurdité mêlée de paradoxe, le droit de l'arbitrage qui pourtant est à l'origine des premiers coups portés à la force obligatoire des conventions, qui le premier a inspiré l'émergence d'un droit de la consommation, distinct du droit commun, où droit de repentir et recomposition des contrats par le juge ne sont plus incohérents, ce droit de l'arbitrage semblerait vouloir reconquérir aujourd'hui ce qu'il avait créé en l'excluant de son domaine plus d'un siècle auparavant.

« Tiré de l'expérience : l'absurdité d'une chose n'est pas une raison contre son existence, c'en est plutôt une condition »¹¹.

Arbitrage et droit de la consommation sont-ils inconciliables ? Le fort ne peut-il proposer une solution valable aux problèmes du faible ? Le déséquilibre des relations consommateur-professionnel est-il toujours un obstacle ?

* *
*
*
*

11 Nietzsche, *Humain, trop humain*.

L'arbitrage est une justice privée dont le fondement est conventionnel. Il consiste à porter volontairement un litige hors des tribunaux, devant une ou plusieurs personnes, les arbitres, choisies par les parties pour régler ce litige. L'arbitrage est international lorsqu'il met en cause les intérêts du commerce international (article 1492 NCPC), selon un critère économique.

Le recours à ce mode alternatif de règlement des litiges peut être décidé par les parties, soit antérieurement à tout litige grâce à une clause compromissoire insérée dans le contrat principal, soit lorsque le litige est déjà né grâce à la conclusion d'un compromis.

Les arbitres tranchent le litige selon les règles du droit, ou en équité lorsque les parties leur confient la mission de statuer en amiables compositeurs. Ils rendent une sentence qui a autorité de chose jugée comme un véritable jugement (article 1476 NCPC), mais qui est dépourvue de force exécutoire faute de décision d'exequatur émanant d'un tribunal étatique.

L'arbitrage présente donc une nature mixte, mi-contractuelle, mi-juridictionnelle¹². Or, rendre la justice relève traditionnellement des prérogatives régaliennes. « *Comment donc justifier que l'État accepte que la justice soit rendue hors de ses prétoires, par des juges sans robe ?* »¹³. À moins que sa robe n'empêche justement l'État de courir¹⁴.

Du XVIII^e au XIX^e siècle, l'arbitrage apparaissait comme un enjeu de pouvoir. « *L'arbitrage, parce qu'il soustrait un litige aux voies judiciaires, peut être vu a priori comme un moyen de faire échec à une justice sur laquelle repose pourtant la sécurité juridique, ainsi que l'autorité et la légitimité du pouvoir qui met un tel moyen à la disposition des justiciables* »¹⁵.

Voie concurrente bien plus que simple alternative, l'arbitrage remettait en cause la justice étatique et au-delà, l'État lui-même. Il fut ainsi considéré avec hostilité, à l'exception des périodes où le pouvoir se méfiait de la puissance judiciaire plus qu'il ne l'instrumentalisait (Ancien Régime et période révolutionnaire).

Le XIX^e siècle quant à lui, dans un contexte de restauration de l'ordre avec le Premier Empire, vit le pouvoir s'appuyer sur une justice réformée et soumise. Dans un tel système et alors même qu'il conservait toute son utilité, l'arbitrage se devait de céder. Le Code de procédure civile consacra ce mouvement en réduisant l'arbitrage à une procédure exceptionnelle soumise à la tutelle du législateur et au contrôle des juges.

12 H. Motulsky, « La nature juridique de l'arbitrage », D. 1974, p.5 et s.

13 J. B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*.

14 J. Carbonnier, « De l'État lorsque sa robe l'empêche de courir », in *Flexible droit*, 9^e éd., L.G.D.J.

15 C. Jallamion, *Arbitrage et pouvoirs politiques en France du XII^e au XIX^e siècle*, Rev.arb., 2005,3.

L'existence théorique de l'arbitrage s'est expliquée dès lors que l'on a cessé d'assimiler le droit à l'État. La théorie du pluralisme juridique a en effet montré que le droit n'émanait pas exclusivement de l'État : il existe des sources privées de droit, de même que des lieux extra-étatiques de réalisation du droit¹⁶.

L'essor de l'arbitrage s'est justifié par la nécessité d'exclure la compétence des juridictions étatiques. Son domaine de prédilection reste le commerce, où l'inadaptation de la justice étatique aux particularités des affaires est flagrante. L'exceptionnelle faveur dont il jouit dans le monde auprès des juges et des législateurs ne remonte pourtant qu'aux années 60, et encore au seul bénéfice de l'arbitrage commercial international¹⁷.

Profitant de la mondialisation des échanges et de la volonté dans les milieux internationaux de faire de la croissance économique et du progrès social un instrument de la paix mondiale¹⁸, l'arbitrage s'est imposé en proposant un prompt et équitable règlement des litiges, contribuant au développement du commerce. Un phénomène d'acculturation juridique¹⁹ a permis une convergence progressive vers la reconnaissance de l'arbitrage comme mode principal de règlement des différends du commerce international et vers un consensus quant à son organisation et son déroulement.

L'arbitrage, ayant fait ses preuves dans ce domaine, devrait-il y rester cantonné?

Certes, son image reste celle d'une justice de luxe, ou du moins de professionnels, marquée par le corporatisme, coûteuse, réservée aux entreprises les plus puissantes, donc mal adaptée aux « petits litiges » du droit de la consommation.²⁰

Certes, les spécificités d'une procédure arbitrale (confidentialité, rapidité, mission pacificatrice visant au rétablissement de bonnes relations entre les parties) qui ont fait son succès auprès du monde des affaires, ne présentent pas le même intérêt pour le droit de la consommation.

Certes, les raisons qui ont permis sa généralisation pour les litiges du commerce international sont propres à l'économie de marché et à la mondialisation. D'une part, suivant les préceptes du néolibéralisme, les États n'interviennent plus directement dans la vie économique : la déréglementation opère un passage de la loi au contrat, c'est-à-dire à une loi voulue par les parties. D'autre part, suivant le libre échange international et les phénomènes de concurrence entre les États, ces derniers cherchent à attirer les arbitrages sur leur territoire en rendant attractif leur droit interne et en assouplissant le régime de l'arbitrage international.²¹

16 D. Bureau, *Les sources informelles de droit dans les relations privées internationales*, Thèse Paris II, 1992, n°582 et s.; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, 1994.

17 B. Oppetit, *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, JDI.1993.811.

18 Acte final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe, à Helsinki en 1995.

19 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, 1994.

20 Pour une caricature grinçante : J.D. Bredin, « À la recherche de l'*aequitas mercatorum* », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, D. 1994, p. 109.

21 J. B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*.

Certes, dès lors qu'il y a un déséquilibre entre les partenaires à un contrat, l'arbitrage n'est pas la forme de justice la mieux adaptée. Selon Motulsky, « *l'arbitrage suppose un équilibre des forces; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie* »²².

Pourtant, la justice étatique peine à apporter une protection efficace au consommateur.

* *
*
*
*

« *La loi inappliquée n'en reste pas moins la loi : l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit* »²³. Pourtant, l'ineffectivité rend la loi impuissante.

L'impuissance des lois²⁴ en droit de la consommation semble résulter tant du défaut de lisibilité d'une législation opérant par amoncellement que des difficultés pour un consommateur d'obtenir la sanction de ses droits.

Or, on assiste aujourd'hui à une augmentation croissante des litiges de consommation, en raison de la diversification de l'offre, de l'agressivité plus intense de la publicité, et de l'affaiblissement des relations de consommation artisanales où le contact direct et quasi-familial permettait d'atténuer quelques différents. Le défaut d'accès au droit comme à la justice s'en fait d'autant plus ressentir pour le consommateur.

Le droit de la consommation résulte de plusieurs constatations, ainsi qu'il a été exposé précédemment : le consommateur est en situation de faiblesse vis-à-vis du professionnel, le droit civil classique est impuissant à protéger le consommateur, et la consommation est un phénomène de masse où des intérêts souvent petits si on les prend un à un, se révèlent considérables si on les prend globalement.

Le droit de la consommation intervient de manière préventive ou curative, par des moyens individuels ou collectifs. Cependant, trop souvent, le consommateur seul ne parviendra pas à faire valoir ses droits. Or, « *il ne suffit pas de faire des lois pour protéger les consommateurs; il faut leur donner les moyens adéquats pour défendre ces droits qui, en pratique, risquent de devenir "lettre morte"* »²⁵.

22 H. Motulski, « L'arbitrage et les conflits du travail », Rev.arb. 1956, 78.

23 J. Carbonnier, « effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit*, op.cit.

24 Expression popularisée par J. Cruet, in *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

25 C. Borrego, séance d'ouverture, in III conférence européenne sur l'accès des consommateurs à la justice, Lisbonne, 21-23 mai 1992.

Une illustration donnée par K. Van Miert, commissaire à la Commission des Communautés européennes, lors du colloque de Lisbonne de 1992, permet de mesurer les difficultés de manière concrète. L'exemple concerne les voyages à forfait.

« Un couple a réservé un séjour dans un hôtel au bord de la mer, au mois d'août, par le biais d'une agence de voyages; deux jours avant le départ, l'agence prévient qu'en raison d'une erreur d'enregistrement, il n'y a plus de place dans l'hôtel. Étant donné que l'endroit choisi, en août, affiche "complet", l'agence propose un séjour dans le même hôtel au mois de septembre ou bien un séjour pour la période choisie dans un hôtel qui se trouve à trois kilomètres de la mer.

Selon la Directive CEE sur le voyage à forfait, le couple est en droit de résilier le contrat et d'obtenir le remboursement de toutes les sommes versées ainsi qu'un dédommagement. Le couple avait versé une avance, mais l'agence ne rembourse pas. Pour obtenir ce remboursement, le couple devra saisir un tribunal; pour saisir le tribunal, il devra s'adresser à un avocat, qui probablement réclamera lui aussi un certain montant.

Le jugement rendu, il faudra encore le faire exécuter, ce qui comportera d'autres frais. Il est alors évident que le consommateur, avant d'entamer toute procédure, se posera la question suivante : « combien de temps se passera-t-il avant que je puisse récupérer mon argent ? ».

Face à cette situation, beaucoup de citoyens renoncent, tout simplement, à faire valoir le droit qui a été violé : ils subissent cette violation. »

À ces difficultés de droit commun s'ajoutent encore celles propres au droit international privé. En raison du développement des moyens de transport et de communication, et spécialement du réseau Internet, un consommateur résident d'un pays a de plus en plus souvent à faire à un professionnel établi dans un autre pays. On songe aux problèmes classiques de conflits de juridictions et conflits de loi, en plus des insuffisances d'une protection du consommateur organisée pour l'essentiel sur le plan national. Un rapprochement des législations est bien en cours au sein de l'Union européenne, mais on demeure loin d'une unification.

Si d'aucuns, conscients des enjeux du droit de la consommation transfrontière²⁶, orientent surtout l'effort vers la protection de l'intérêt collectif²⁷, il n'est pas certain que l'arbitrage ne soit pas un premier remède à l'ineffectivité du droit de la consommation, conciliant alors les intérêts collectifs et individuels propres au droit de la consommation, mais également les intérêts du professionnel, qui propose la convention d'arbitrage, avec ceux du consommateur qui l'accepte.

À l'étranger, l'arbitrage des litiges de droit de la consommation est d'ailleurs parfaitement reconnu dans certains systèmes juridiques. Les réticences françaises à son égard surprennent voire déroutent²⁸. Mais il est vrai que la question de l'adéquation des procédures actuelles d'arbitrage afin qu'elles puissent appréhender des litiges de droit de la consommation, laisse encore sceptique.

* *
*
*
*

La matière reste ainsi dominée par le doute : *de lege lata*, la licéité de l'arbitrage d'un litige entre un consommateur et un professionnel est incertaine en droit français mais reconnue en droit comparé par de nombreux systèmes juridiques; *de lege ferenda*, l'opportunité de l'arbitrage semble démontrée par la seule inadaptation des modes actuels de règlement des litiges de droit de la consommation mais elle suppose *a priori* une adaptation des procédures à ce nouveau domaine.

Toutefois, il est à craindre que l'élasticité de l'arbitrage ne survive pas à cette extension, à moins de délimiter clairement deux types d'arbitrage : celui propre aux relations d'affaires et dominé par la liberté contractuelle, et celui institutionnalisé pour les matières dépassant le domaine originel de l'arbitrage. Mais de mode alternatif de règlement des litiges, l'arbitrage perdrait de son altérité pour devenir un mode de règlement des litiges complémentaire de la justice étatique.

26 Ce terme de plus en plus usité bien que non reconnu caractérisant mieux la situation que celui de droit transfrontalier.

27 H. Bureau, *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec, 1999, préf. J. Calais-Auloy.

28 E. Loquin, *L'arbitrage des litiges du droit de la consommation*, in *Vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

I – DE LA LICÉITÉ DE L'ARBITRAGE D'UN LITIGE ENTRE UN CONSOMMATEUR ET UN PROFESSIONNEL :

*« Plaisante justice qu'une rivière borne !
Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà »*

B. Pascal, Pensées, Fragment 94.

Par tradition, le droit français a longtemps manifesté une hostilité à l'égard de l'arbitrage dans les matières non commerciales, du moins en droit interne. Si l'éventualité de soumettre à l'arbitrage des litiges opposant des consommateurs aux professionnels peut paraître saugrenue à un esprit formé au droit français²⁹, elle n'est pas inconnue de nombre de systèmes juridiques de droit comparé, notamment au-delà des Pyrénées.

L'expérience étrangère montre qu'il n'est pas d'obstacle dirimant à l'arbitrage des litiges de droit de la consommation (B), alors que les questions de l'arbitrabilité et de la validité de la clause compromissoire semblent aujourd'hui bénéficier d'une réception plus favorable de la part du législateur et même de la jurisprudence en droit français (A).

A) QUESTION DE LA LICÉITÉ EN DROIT FRANÇAIS :

Une convention d'arbitrage est un accord de volonté par lequel les parties décident de ne pas soumettre leur litige - déjà né (la convention prend le nom de compromis), ou à naître (clause compromissoire) - à une juridiction étatique, mais à un ou plusieurs arbitres choisis par elles.

Afin de savoir si une convention d'arbitrage doit recevoir application, il convient de s'interroger préalablement sur l'arbitrabilité de la matière concernée, que celle-ci soit écartée de la compétence du juge étatique par un accord antérieur ou postérieur à la naissance du litige (1).

À supposer la matière arbitrable, il faut encore s'interroger sur la validité de la convention qui soumet le litige à une telle procédure. Le compromis ne pose pas de difficulté particulière en droit français, si ce n'est qu'il doit respecter un formalisme substantiel³⁰. Le risque de voir une partie profiter de l'état de faiblesse de son contractant se fait surtout ressentir lorsque le recours à l'arbitrage est prévu avant l'occurrence du litige, ce qui explique la réticence du droit français à l'égard de la clause compromissoire (2).

29 E. Loquin, L'arbitrage des litiges du droit de la consommation, op.cit.

30 Articles 1447 et s. NCPC

1 – L'arbitrabilité des litiges de droit de la consommation

Le terme d'arbitrabilité désigne « *l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage* »³¹; il exprime « *la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres* »³². Cette faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage affecte nécessairement la compétence de l'arbitre, puisque le litige non arbitral doit automatiquement être déféré à la juridiction étatique compétente.

L'arbitrabilité procède d'un souci de protection de l'intérêt général³³. La notion d'arbitrabilité n'est donc pas indifférente à celle d'ordre public. Celui-ci a une incidence *a priori* en rendant le litige inarbitral, c'est-à-dire en le soumettant impérativement à une juridiction étatique. Cependant, l'arbitrage international est dominé par un mouvement général de *favor arbitrandum*³⁴: le domaine de l'arbitrage s'étend sans cesse, réduisant celui de l'inarbitrabilité à quelques îlots au milieu d'un océan d'arbitrabilité³⁵. L'ordre public n'est pourtant pas absent : « *le juge garde (...) le glaive de l'ordre public sous sa robe* »³⁶. Il intervient ainsi *a posteriori* lorsqu'un juge étatique est appelé à connaître de la sentence arbitrale à travers un recours en annulation ou une demande d'exequatur³⁷.

Les solutions en droit français étant dualistes, il convient de distinguer le droit français interne de l'arbitrage du droit français de l'arbitrage international. L'étude des solutions en droit interne apparaît nécessaire, d'une part pour exposer l'évolution de l'arbitrabilité en droit international (en vertu du principe d'antériorité à défaut de règle matérielle en droit international privé), et d'autre part pour comprendre en quoi l'arbitrage international semble plus propice au règlement des litiges de droit de la consommation que l'arbitrage interne, du moins *de lege lata*.

L'arbitrage international est défini, selon un critère économique et non juridique, par l'article 1492 du Nouveau code de procédure civile comme celui qui met en jeu les intérêts du commerce international. La jurisprudence a précisé la définition : « *il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières ; la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants* »³⁸. Alors que l'arbitrage interne est régi par les dispositions restrictives du Code civil (a), l'arbitrage international bénéficie du principe d'autonomie issu d'une règle matérielle de droit international privé, qui cependant n'empêche pas l'ordre public d'intervenir *a posteriori* (b).

31 A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Théorie de pratique du droit, 1988.

32 P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev.arb.* 1992, 213.

33 Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996.

34 B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI*.1994.899.

35 J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op.cit. p.25

36 A.V.M. Struycken, « la *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux », in *l'évolution contemporaine du droit des contrats* », P.U.F., 1987,p.207.

37 L'article 1504 NCPC écarte les voies de recours applicables en matière d'arbitrage interne.

38 Paris, 14 mars 1989, *Rev.arb.*, 1991, 355, obs. J. H. Moitry

a) l'arbitrabilité dans l'arbitrage interne régi par le droit français

Deux dispositions du Code civil régissent la question de l'arbitrabilité : les articles 2059 et 2060.

Selon l'article 2059 : « *toutes personnes peuvent compromettre sur des droits dont elles ont la libre disposition* ». Selon l'article 2060, « *on ne peut compromettre sur des questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

La question principale à propos de l'arbitrabilité des litiges consiste à déterminer les champs d'application de ces deux textes, c'est-à-dire savoir quels rapports entretiennent les articles 2059 et 2060, si leurs champs sont indépendants ou s'ils se chevauchent.

* *
*
*
*

La doctrine a longtemps interprété l'article 2059 *a contrario* seulement, afin d'insister sur l'aspect prohibitif de la règle. Trois propositions peuvent cependant être envisagées.

Selon une première interprétation, l'article 2059 serait une application particulière de la règle plus générale de l'article 2060. Cela reviendrait à définir la disponibilité d'un droit de manière négative : « *seraient dès lors disponibles tous les droits autres que ceux portant sur les matières énumérées à l'article 2060*³⁹ ». Cette thèse rend inutile l'existence de l'article 2059 puisqu'il ne fait que reformuler différemment l'article 2060.

Une deuxième interprétation défend la position opposée : l'article 2059 même rendrait inutile l'article 2060 et permettrait de définir à lui seul les critères de l'arbitrabilité⁴⁰. « *Peut-être n'a-t-on pas suffisamment développé l'analyse notionnelle dans cette voie, et conviendrait-il de tirer profit du renouvellement que pourrait apporter au débat le concept de libre disponibilité des droits sur lequel repose l'article 2059, que le législateur a cru devoir expliciter par la référence à l'ordre public dans l'article 2060, mais qui aurait pu constituer à lui seul un critère nécessaire et suffisant de cet arbitrage et sur lequel on n'a peut-être pas suffisamment mis l'accent.*⁴¹ »

39 J. H. Moitry, « arbitrage international et droit de la concurrence, vers un ordre public de la lex mercatoria », Rev.arb. 1989,3.

40 Idée émise par B. Oppetit en 1979, dans « l'arbitrage en matière de brevets d'invention », Rev.arb. 1979, 83. ; et reprise par J.-B. Racine dans sa thèse, op.cit.

41 B. Oppetit, article précité.

Certes, on pourrait interpréter la jurisprudence souple relative à l'article 2060 comme une mise entre parenthèses de ce même article⁴². Pourtant, les partisans de cette théorie admettent que la référence à l'ordre public n'est pas totalement exclue par le critère de la disponibilité⁴³, et que de surcroît l'ordre public sert encore à définir l'arbitrabilité mais au moyen d'exclusions ponctuelles, selon la nature des droits attribués aux parties⁴⁴.

Comme il sera exposé ultérieurement, il nous semble que l'article 2060 joue encore un rôle essentiel pour justifier l'incompétence de l'arbitre et le retour au juge étatique : dès lors que l'arbitre constate que l'ordre public a été violé, il ne peut sanctionner cette violation et doit se déclarer incompétent.

Pour cette raison, on s'orientera vers une troisième interprétation⁴⁵, selon laquelle le domaine de l'article 2059 et celui de l'article 2060 sont distincts. Pour P. Ancel, « *l'article 2060, en excluant de manière générale l'arbitrage dans un certain nombre de matières qui intéressent l'ordre public, vise l'ordre public au sens premier (on serait tenté d'écrire l'Ordre Public avec des majuscules), c'est-à-dire certaines règles qui ont pour finalité directe d'assurer le respect d'intérêts supérieurs de la société. L'article 2059, lui, se rattache plutôt à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public de protection : ici, les intérêts qui sont en cause sont des intérêts privés, des droits subjectifs, mais il s'agit de droits qui sont garantis par une réglementation impérative, parce qu'on craint que leurs titulaires ne soient pas suffisamment armés pour se défendre eux-mêmes (...). L'article 2059 n'absorbe pas l'article 2060, pas plus qu'il n'est absorbé par lui. C'est un texte complémentaire qui contient une possibilité d'exclusion de l'arbitrage distincte de celle qui est prévue dans l'article 2060. L'article 2059 est appelé à jouer lorsque le législateur confère des droits dont il interdit la libre disposition dans l'intérêt privé de leur titulaire.* »⁴⁶ Dans l'article 2059, l'intérêt public n'est touché qu'indirectement, dans la mesure où l'intérêt privé des personnes protégées par la loi n'est pas respecté. Une telle interprétation permet d'élargir le champ de l'arbitrabilité. En effet, si l'article 2060 traite de l'ordre public de direction, et l'article 2059, de l'ordre public de protection, ce dernier autoriserait l'arbitrabilité des litiges de droit de la consommation (ordre public de protection) dès lors que les droits sont disponibles. L'ordre public de protection n'est que temporaire : la loi interdit seulement à la partie faible qu'elle protège de renoncer par avance à ses droits⁴⁷. En revanche, le

42 L'évolution jurisprudentielle relativement à l'interprétation de l'article 2060 sera exposée ultérieurement. On notera simplement que, bien que l'arbitre ne puisse, en droit positif, sanctionner l'illicite, il a le pouvoir de le constater. La seule mise en cause de règles d'ordre public ne suffit donc pas à rendre le litige inarbitrable.

43 Selon Ch. Jarrosson, dans « l'arbitrabilité, présentation méthodologique », Rev.jurispr.com., 1996, 1., « *la notion de libre disponibilité des droits et son antonyme, la notion d'indisponibilité, sont les traits d'union qui relient l'arbitrage à l'ordre public.* »

44 J.-B. Racine, Arbitrage commercial international et droit de la consommation, p. 44

45 P. Ancel, « Conventions d'arbitrage, Conditions de fond, Litiges arbitrables », Jurisclass. Procédure civile, fasc.1024, spéc.n°71 et s.; E. Loquin, *L'arbitrage des litiges du droit de la consommation*, op.cit.

46 P. Ancel, « Conventions d'arbitrage, Conditions de fond, Litiges arbitrables », op.cit.

47 On remarquera que cette théorie procède par une assimilation entre la renonciation aux garanties qu'offre un tribunal

sujet de droit peut disposer librement de ses droits une fois qu'ils sont acquis.

On peut reprocher à cette interprétation de laisser une place trop importante à l'article 2060. Cet article serait en effet réservé, selon la théorie de P. Ancel, à l'ordre public classique qui protège l'État et la famille. Or, ce texte n'ayant pas été appliqué par la jurisprudence dans le domaine économique, le critère de la libre disponibilité des droits suffit à lui seul à expliquer que le droit extrapatrimonial de la famille et des personnes soit exclu de l'arbitrage, et la compétence exclusive des juridictions explique l'interdiction de l'arbitrage en droit public⁴⁸. Mais l'article 2060 conserve néanmoins une incidence sur la définition de l'arbitrabilité, ce qui justifie selon nous cette interprétation malgré la réserve ici relevée.

Partant du constat que l'article 2059 concerne l'ordre public de protection et protège les intérêts privés (du consommateur par hypothèse) en lui interdisant de recourir à l'arbitrage tant que ses droits ne sont pas disponibles, la difficulté est de déterminer à partir de quel moment le consommateur retrouve la libre disposition de ses droits.

En ce qui concerne l'ordre public de protection en général, plusieurs hypothèses sont envisageables. Soit le droit est acquis aussitôt le contrat conclu lorsque l'ordre public de protection impose seulement la naissance du droit au moment de la formation du contrat, soit la renonciation est possible au fur et à mesure de l'exécution du contrat c'est-à-dire lorsque le droit protégé devient exigible, soit le droit protégé ne devient disponible qu'au moment où l'état de subordination prend fin. Le droit du travail est une illustration de cette dernière hypothèse : le compromis en matière de relations individuelles n'est valable que s'il est conclu après la rupture du contrat de travail⁴⁹. En droit de la consommation, la seconde hypothèse se rencontre le plus souvent.

Il est certain que les droits sont indisponibles au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, la matière sera toujours inarbitrable lorsque l'arbitrage aura pour source une clause compromissoire, en droit interne. Cette première solution confortait la prohibition de principe de la clause compromissoire pour les matières non commerciales, prévue au sein de l'article 2061 dans son ancienne rédaction. L'interprétation majoritaire du nouvel article 2061 depuis la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE semble abonder dans le même sens⁵⁰.

étatique et la renonciation à un droit. On peut également estimer que la garantie d'être jugé par un tribunal étatique n'est pas une composante du droit de la consommation, et qu'il n'y a pas à proprement parler de renonciation à un droit indisponible dès lors que l'arbitre statue en droit et applique le droit de la consommation. Cependant, la lettre de l'article 2059 semble opérer cette assimilation.

48 J.-B. Racine, *Arbitrage commercial international et ordre public*, op.cit.

49 à ce titre, G. Couturier estime que « *les dispositions légales impératives édictées dans l'intérêt des travailleurs peuvent être considérées comme instaurant au bénéfice de ceux-ci une protection renforcée, une protection contre eux-même rendue nécessaire par leur infériorité économique et par leur état juridique de subordination* ». in La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, p. 255.

50 La question de la licéité de la clause compromissoire en droit interne sera traitée au I.A.2.a

Il est également certain que les parties peuvent valablement compromettre après la survenance du litige : si le consommateur ne peut pas renoncer au droit de garantie des vices cachés par le vendeur, lorsque le vice est constaté, la garantie devient exigible et le consommateur peut accepter de recourir à un arbitrage. Le compromis dans ce cas peut même confirmer une clause compromissoire nulle.

* *
*
*
*

Le droit de la consommation relève le plus souvent de l'ordre public de protection, mais parfois aussi de l'ordre public de direction⁵¹, ce qui entre donc dans le domaine de l'article 2060 (selon l'interprétation choisie précédemment). L'article 2060 interdit de compromettre dans les matières qui intéressent l'ordre public. Dans son sens littéral, cet article apparaît être un obstacle dirimant. Pourtant, la jurisprudence en donne une interprétation nuancée : interdire à l'arbitre de juger dès l'instant qu'une partie invoque l'ordre public pour prétendre que son contrat est nul ferait perdre à l'arbitrage tout son intérêt⁵².

L'arbitre peut-il constater l'illicite et le sanctionner ? « *Dans la mesure où l'arbitre se substitue ainsi au juge étatique, la défense de l'ordre public risque d'être moins bien assurée et l'État peut donc avoir une attitude de méfiance* »⁵³.

Suite à l'évolution jurisprudentielle, une interprétation compréhensive de l'article 2060 permet aujourd'hui à l'arbitre de mettre en oeuvre les règles d'ordre public mais non de les sanctionner. D'une part, « *l'ordre public n'est pas de nature à interdire a priori la juridiction arbitrale de connaître d'un litige de nature contractuelle ou délictuelle à propos duquel des règles impératives sont invoquées* »⁵⁴. Bien au contraire, « *même si les parties n'ont pas invoqué ces règles devant les arbitres, il appartient à ceux-ci d'en faire application d'office sous réserve du respect du principe du contradictoire* »⁵⁵. Cependant, l'arbitre qui constate l'illicéité en vertu d'une règle d'ordre public, doit se déclarer incompétent. Seules les juridictions de l'État peuvent sanctionner l'illicite et prononcer la nullité du contrat⁵⁶.

Ainsi, la seule mise en cause de règles d'ordre public de direction tirées du droit de la consommation n'est pas un obstacle à l'arbitrabilité du litige. Mais comme le remarquait P. Mayer, « *il est franchement curieux qu'ayant fait le plus difficile, constater l'illicite, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité* »⁵⁷.

51 Pizzio, *Code de la consommation annoté*, Montchrétien, p. 59.

52 E. Loquin, « L'ordre public et l'arbitrage de droit interne français », *Rev.trim.dr.com.*, 1996,450.

53 P. Mayer, « Le contrat illicite », *Rev.arb.*, 1984,209.

54 Paris, 20 janvier 1989, *Rev.arb.*, 1989, 280 ; et déjà Colmar 29 novembre &98, *JCP* 1970.II.16246.

55 Paris, 15 mars 1996, évoqué dans « l'ordre public et l'arbitrage de droit interne français », E. Loquin, *op.cit.*

56 Com. 21 octobre 1981, *Rev.arb.*, 1982, 264.

57 P. Mayer, « Le contrat illicite », *op.cit.*

* *
*
*

En droit interne, les dispositions du Code civil posent deux limites au recours à l'arbitrage en droit de la consommation : une première limite temporelle en ce que la matière n'est arbitrabile que lorsque le droit devient disponible, et une seconde limite substantielle qui interdit à l'arbitre de sanctionner l'ordre public de direction quand bien même le litige serait arbitrabile. En droit international, la situation est radicalement différente : une règle matérielle dégagée depuis les arrêts *Ganz* et *Labinal*, permet de soustraire l'arbitrage international à l'application de ces règles du Code civil.

b) l'arbitrabilité dans l'arbitrage international régi par le droit français

La « *malencontreuse référence à l'ordre public contenue dans l'article 2060 du Code civil* »⁵⁸, a longtemps eu une incidence sur l'arbitrabilité des litiges de droit international. Certes, l'idée s'est imposée assez tôt, que l'ordre public ne rendait pas *ipso facto* le litige inarbitrabile⁵⁹. Cependant, la sanction de l'ordre public demeurait refusée dans l'arbitrage interne ou international. Plusieurs critiques se sont élevées.

Pour des raisons juridiques, l'arbitrage reposant sur deux fondements : un fondement juridictionnel selon lequel l'arbitre doit juger et donc appliquer les règles concernant le litige (notamment les règles d'ordre public), et un fondement conventionnel selon lequel l'arbitre est tenu par l'ordre public (article 6 du Code civil) et ne peut y déroger⁶⁰.

Pour des raisons d'opportunité : ce recours forcé au juge étatique est jugé coûteux, dilatoire et inutile, puisque le recours en annulation sur le fondement de l'article 1484 du NCPC permet à la justice d'exercer un contrôle suffisant⁶¹. Comme l'écrit Motulsky, « *le pouvoir redoutable ainsi conféré à l'autonomie de la volonté trouve son contre-poids dans le contrôle judiciaire* »⁶².

Enfin, pour des raisons de logique : « *à suivre la position ici critiquée, la compétence de l'arbitre serait la conséquence de la manière dont le fond du litige est apprécié. Or chacun sait que la compétence de l'arbitre est une question préalable située en amont de la résolution du fond du litige, et que celle-ci ne peut résulter de celle-là* »⁶³. « *La non arbitrabilité devrait être l'impossibilité d'examiner une question, indépendamment de la réponse qu'elle comporte* »⁶⁴. En effet, admettons qu'un arbitre constate une violation de l'ordre public devant être sanctionnée par la

58 Paris, 19 mai 1993, JDI, 1993,957, note Idot.

59 Arrêt Tissot, cass.civ., 28 novembre 1950, D. 1951.170.

60 C. Jarrosson, sous Paris, 19 mai 1993, Rev.arb. 1993, 645.

61 E. Loquin, « l'arbitrage des litiges de droit de la consommation », op.cit.

62 Motulsky, *Écrits T. II, études et notes sur l'arbitrage*, p. 289.

63 Note C. Jarrosson, sous Paris 19 mai 1993, Rev.arb. 1993,645.

64 P. Mayer, article précité.

nullité du contrat. Il doit se déclarer incompétent. Sa décision d'incompétence est une sentence, dont le dispositif et les motifs à son soutien ont autorité de force jugée. Or, la constatation que l'ordre public a été violé est le motif essentiel de cette décision d'incompétence. C'est un cercle vicieux : par le fait même de se déclarer incompétent afin de ne pas constater l'invalidité du contrat, l'arbitre donne force de chose jugée à cette même constatation.

* *
*
*
*

En matière d'ordre public de direction, cette solution contestable a été abandonnée grâce à l'adoption d'une règle matérielle propre à l'ordre international. L'arrêt *Ganz*⁶⁵ annonce le revirement de l'arrêt *Labinal* : bien que la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur l'application de règles d'ordre public dans cet arrêt, la doctrine a déduit de la motivation générale la possibilité pour l'arbitre d'appliquer des règles de droit communautaire de la concurrence, qui pourtant sont d'ordre public⁶⁶. L'arrêt *Labinal*⁶⁷ confirme cette interprétation, toujours à propos de l'ordre public de direction.

Dans cette espèce, deux sociétés, la société Mors et la société Westland, pour répondre à un appel d'offre, avaient constitué un groupement de manière à concurrencer efficacement la société Labinal. L'accord de joint-venture entre les sociétés Mors et Westland contenait une clause d'arbitrage. La société Mors reprochait à la société Westland de s'être par la suite rapprochée du concurrent Labinal pour mieux l'exclure du marché. Elle assigna les deux sociétés devant le Tribunal de commerce en invoquant la violation de règles du droit de la concurrence. Les premiers juges rejetèrent l'exception d'incompétence soulevée par Westland.

La Cour d'appel distingue les relations de Mors avec chacune des deux sociétés : dans ses relations avec Westland, la clause compromissoire donne compétence à l'arbitre, alors que dans ses relations avec Labinal, la Cour constate des violations du droit communautaire de la concurrence. La formulation est limpide. La solution antérieure est confirmée : « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux.* ». Le revirement prévisible dans l'arrêt *Ganz* est conforté : « *en matière internationale*⁶⁸, *l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ».

65 Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, Rev.arb. 1991,478 note I. Idot.

66 Puisque la mission de l'arbitre « *consiste à assurer le respect de l'ordre public international, (il) a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires* »

67 Paris, 19 mai 1993, Rev.arb.1993,645 note C. Jarrosson; JDI 1993,957, note Idot.

68 Certains estiment que cette solution serait transposable en matière interne : pour C. Jarrosson, art.préc., l'arrêt commence son considérant en visant la matière internationale uniquement parce que les deux affaires étaient effectivement internationales. Il suffirait seulement d'adapter la solution en substituant l'ordre public interne à l'ordre public international.

Désormais, la question de l'arbitrabilité d'un litige international procède d'un raisonnement en deux temps. L'arbitre apprécie d'abord sa compétence en vérifiant si le litige est arbitral selon les règles d'ordre public international applicables. L'inarbitrabilité de la matière, selon l'arrêt *Labinal*, ne concerne que les cas où celle-ci intéresse l'ordre public international⁶⁹ au plus près, à savoir les questions d'état et de capacité des personnes. Ensuite, et si la matière est bien arbitrale, l'arbitre applique les règles d'ordre public⁷⁰ et peut être conduit à prononcer toutes les sanctions civiles qui ne sont pas incompatibles avec la nature de ses pouvoirs. Les sanctions réservées aux autorités étatiques ou communautaires (injonctions et amendes en droit de la concurrence) sont évidemment exclues.

* *
*
*
*

L'arrêt *Labinal* a été rendu en matière de droit de la concurrence, c'est-à-dire à propos d'un litige relevant de l'ordre public de direction. *A fortiori*, la solution devait valoir pour une matière comme le droit de la consommation, relevant de l'ordre public de protection. Deux séries d'arrêts ont consacré ce point de vue, avec néanmoins une légère réserve.

Dans les arrêts *Jaguar*⁷¹ rendus en des termes identiques par la Cour de cassation le 21 mai 1997, les deux espèces (trois devant la Cour d'appel⁷²) opposent les sociétés V2000 (Jaguar France) et XJ220 (Angleterre) à deux particuliers vivant en France qui avaient signé une offre d'achat concernant une voiture de luxe. Celle-ci devait être fabriquée par la société anglaise en série limitée, après que la société française eut transmis la commande. Chaque acquéreur paie un premier acompte puis refuse de payer les acomptes suivants et décide d'attirer les deux sociétés devant les juridictions étatiques françaises, alors même qu'une clause compromissoire figurait aux conditions générales de vente et prévoyait un arbitrage en Grande-Bretagne. Le tribunal de grande instance de Paris retient sa compétence en vertu de la nullité de la clause compromissoire. La Cour d'appel infirme le jugement sur deux points : elle estime le litige arbitral en dépit de l'éventuelle applicabilité de la réglementation protectrice du consommateur, et elle rappelle le principe

69 L'ordre public international est une notion particulariste d'un État ayant pour effet d'éliminer toute règle juridique étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national. Il vise à protéger les règles qui constituent les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux d'un État. Il est comme un noyau à l'intérieur des règles impératives d'un État mais a un domaine beaucoup plus restreint que celui de l'ordre public interne. L'arrêt *Lautour*, à propos du droit de la responsabilité, précise justement qu'une matière impérative en droit interne n'est pas nécessairement d'ordre public au niveau international. (GAJFDIP, n°19).

70 Ordre public en général, donc plus large que l'ordre public international et comprenant notamment le droit de la consommation.

71 Cass.civ1re, 21 mai 1997, Rev.arb. 1997.4, note E. Gaillard; RJDA, 1997,887; contrats concurrence et consommation 1997 n°143, obs. Leveneur; RTD com., 1998.330, obs. E. Loquin.

72 Paris, 7 décembre 1994, D. 1995 somm.318, obs. J.P. Pizzio ; RTD com. 1995, 401, obs. E. Loquin; Rev.arb., 1996, 67, note Ch. Jarrosson.

d'autonomie de la convention d'arbitrage dans l'ordre international (ce dernier point sera ultérieurement développé). La Cour de cassation rejette le pourvoi et reprend à son compte les motifs de l'arrêt d'appel.

L'arrêt *Rado contre société Painvewebber*⁷³ confirme la solution des arrêts *Jaguar* en des termes identiques. Le litige opposait un particulier qui, à la suite d'un démarchage à domicile, avait ouvert un compte dans les livres d'une société américaine en lui donnant mandat de gérer ses fonds. Celle-ci avait transféré les fonds sur les comptes d'une autre société américaine qui avait investi sur les marchés à risque. Le compte était devenu débiteur. Le consommateur, devançant l'action en paiement des professionnels, saisit le Tribunal de grande instance de Paris pour obtenir l'annulation de la convention d'ouverture de compte et le rétablissement des parties dans leur état antérieur. La Cour de cassation approuve l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait estimé que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement nulle.

Cependant, quelques réserves doivent être apportées par rapport à la jurisprudence *Labinal*. Dans la jurisprudence *Labinal*, « ***L'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable (et) l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international*** ». De même, selon la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Jaguar* : « *Les arbitres ont compétence pour apprécier leur propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international (...) la compétence des arbitres n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation impérative est applicable au rapport de droit litigieux, et ceux-ci disposent du pouvoir d'appliquer les principes relevant de cet ordre public et de sanctionner sous le contrôle du juge de l'annulation leur méconnaissance* ». La Cour de cassation adopte une solution plus concise : « *il appartient à l'arbitre de mettre en oeuvre (les règles d'ordre public international) sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige* ». La différence peut paraître imperceptible mais elle a été relevée par une partie de la doctrine⁷⁴ : dans l'arrêt *Jaguar*, « *la Cour de cassation laisse entendre que l'inarbitrabilité pourrait résulter de la mise en oeuvre du droit de la consommation et qu'en particulier la contrariété du contrat à l'ordre public interdirait à l'arbitre de poursuivre sa mission*⁷⁵ ». Elle reprend le même principe de compétence-compétence que les cours d'appel, notamment l'obligation traditionnelle pour l'arbitre de vérifier sa compétence par rapport à l'ordre public international, mais elle élude les considérations postérieures rappelant clairement que le droit de la consommation ne rend pas à lui seul le litige inarbitrable. La Cour de cassation aurait-elle désavoué la jurisprudence *Labinal* ?

73 Cass.civ1re, 30 mars 2004, RTD com.2004.447, obs. E. Loquin; D. 2004.2458, note I. Najjar; Rev. Arb. 2005,115, note X. Boucobza.

74 Notamment E. Loquin dans les différents articles précités

75 E. Loquin, note sous cass.civ1re, 21 mai 1997, RTD Com., 1998.330.

Pour certains⁷⁶, l'arrêt *Jaguar* ne fait que reprendre le principe de compétence-compétence dans son effet négatif : il interdit aux juridictions étatiques de connaître de la question tant que les arbitres eux-mêmes ne se sont pas prononcés à son sujet, sauf si le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi et que la convention d'arbitrage est manifestement nulle⁷⁷. En d'autres termes, l'arrêt *Jaguar* se contente de rejeter la nullité manifeste et de confier la charge de l'appréciation à l'arbitre. Pour E. Gaillard, les arrêts du 21 mai 1997 « *ne prennent pas directement parti (sur la question de l'arbitrabilité du droit de la consommation), puisqu'ils se bornent à exiger que les arbitres, saisis conformément aux clauses compromissoires des contrats se prononcent préalablement sur l'arbitrabilité des contentieux nés de ces contrats* ».

Au contraire, E. Loquin, dans un premier temps⁷⁸, estimait que la portée de cette réserve était autre, et qu'il appartenait seulement à l'arbitre de vérifier « *si la clause d'arbitrage n'était pas abusive au regard du droit de la consommation (...). Le problème ne devait pas alors être posé en terme d'arbitrabilité, mais relevait de l'appréciation de la validité de la clause compromissoire* ». Cependant, l'arrêt du 30 mars 2004 reprend la même formulation. E. Loquin semble adopter une nouvelle position en retenant l'incidence de l'article 2059. « *Il est en effet possible que le litige soit inarbitrable. En droit français, l'article 2059 du Code civil interdit de porter devant les arbitres des droits litigieux qui ne seraient pas librement disponibles pour les parties. Mais l'article 2059 ne permet pas de conclure à la nullité manifeste de la convention d'arbitrage* ». Le juge français ne retrouvera le contrôle de l'arbitrabilité du litige qu'une fois la sentence rendue, dans le cadre d'une voie de recours. Ce changement de position nous paraît regrettable. Le caractère impératif d'une législation ne suffit pas à la rendre d'ordre public international, comme l'arrêt Lautour⁷⁹ l'avait rappelé. En refusant la nullité manifeste, et en n'imposant aux arbitres de vérifier leur compétence qu'au seul regard des règles d'ordre public international, la Cour de cassation semblerait admettre l'arbitrabilité des litiges de consommation. Certes l'article 2059 fait obstacle, mais en droit interne uniquement en raison de la règle matérielle propre au droit international excluant l'application du Code civil, comme il sera exposé ultérieurement lors de l'étude de la licéité de la clause compromissoire dans l'ordre international.

* *
*
*
*

Il faut ainsi distinguer l'ordre public de protection de l'ordre public de direction. Pour l'ordre public de direction, une règle matérielle de droit international privé permet à l'arbitre d'intervenir pour constater et sanctionner toute violation, à condition qu'il ait vérifié au préalable sa compétence

76 E. Gaillard, note précitée

77 Article 1458 al. 2 NCPC.

78 Note sous l'arrêt *Jaguar*, références précitées.

79 Arrêt Lautour, cass. Civ. 25 mai 1948, Rev.crit. 1949.89, note Batiffol; GAJFDIP n°19.

au regard de l'ordre public international. Pour l'ordre public de protection, il n'y a pas d'inarbitrabilité manifeste puisque la protection n'est que temporaire ; il appartient à l'arbitre d'estimer si les droits sont disponibles ou non, afin de vérifier sa propre compétence. Seule la renonciation anticipée au droit protégé est interdite. On retrouve alors le problème de la licéité de la clause compromissoire.

2 – La licéité de la clause compromissoire :

La clause compromissoire était prohibée par le Code civil. Elle est aujourd'hui autorisée par ce même code. Elle est définie et régie par le Code de procédure civile... Ainsi que le remarquait C. Jarrosson en 1992⁸⁰, « *un bref regard sur le droit français de la clause compromissoire a donc de quoi laisser perplexe* ».

La réforme de l'article 2061 du Code civil n'inverse pas la tendance.

La clause compromissoire est définie par l'article 1442 NCPC. « *Convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître à l'occasion de ce contrat* », elle se distingue du compromis en ce que le litige n'est pas encore né au moment de sa conclusion. Son importance pratique est évidente : une fois le litige né, les parties, cristallisées sur leurs positions respectives, acceptent rarement de s'accorder quant aux modalités de résolution de leur litige en concluant un compromis. Prohiber la clause compromissoire reviendrait presque à prohiber l'arbitrage.

Si au lendemain de la Révolution française, les gouvernements successifs cherchèrent à favoriser la justice étatique au détriment de l'arbitrage, le coup de grâce fut donné par la jurisprudence qui affirma la première la nullité de principe de la clause compromissoire, consacrant ainsi la distinction typiquement française entre le compromis et la « promesse de compromettre »⁸¹. La « *prohibition de l'arrêt Prunier*⁸² doit être éclairée par la contemplation du fondement qui seul la justifiait : le souci de ne pas laisser cette clause devenir un instrument d'iniquité, de ne pas faire de l'arbitrage une arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane⁸³ ». Pourtant, l'interprétation erronée de cet arrêt par la jurisprudence ultérieure a conduit à considérer que la clause compromissoire était interdite en matière civile⁸⁴.

80 C. Jarrosson, « La clause compromissoire », Rev. Arb., 1992, 259.

81 La qualification de promesse de compromis était d'ailleurs inexacte puisque la promesse suppose la conclusion d'un autre acte, alors que la clause compromissoire se suffit à elle-même. L'appellation de clause compromissoire n'apparaît dans les codes français qu'avec la loi de 1972. C. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP éd.G 2001,I,n°333.

82 Arrêt étudié plus en détail en introduction.

83 C. Jarrosson, « La clause compromissoire », Rev. Arb., 1992, 259.

84 Ph. Fouchard, dans « la clause compromissoire insérée dans un acte mixte » Rev.arb. 1971,3, à propos de plusieurs

À la faveur du développement du commerce international, la loi du 31 décembre 1925 introduisit des dispositions admettant la validité de la clause compromissoire en matière commerciale, au sein de l'article 631 de l'ancien Code de commerce (L 411-4 COJ aujourd'hui).

Le Parlement, croyant consacrer une jurisprudence séculaire, vota un amendement en 1972 qui, en introduisant l'article 2061 du Code civil, édictait la nullité de principe de la clause compromissoire, sauf dérogation législative. Le fondement de la prohibition était perdu de vue, tandis que le travail des magistrats français qui avaient contribué au développement de l'arbitrage international était ignoré.

La législation sur les clauses abusives⁸⁵ et la réforme de l'article 2061⁸⁶ pourraient insuffler un nouvel essor à la clause compromissoire, mais il n'est pas certain que cet essor affecte les actes mixtes.

a) nullité certaine de la clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation dans l'ordre interne :

Parmi la liste des clauses pouvant être regardées comme abusives selon l'article L 132-1 al 3 du Code de la consommation figurent « *les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales*⁸⁷. »

Selon l'article 2061 nouveau, « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Nous nous attacherons à l'analyse de l'articulation de ces deux articles au regard de la nouvelle rédaction de l'article 2061 exclusivement.

* *
*
*
*

arrêts des juges du fond rendus entre 1964 et 1971, écrivait : « *la nullité de la clause compromissoire dans un acte mixte n'est pas subjective (procédant de l'incapacité de l'une des parties), mais objective (tenant à l'illicéité de son objet au regard du caractère non pleinement commercial du litige éventuel qu'elle envisage)* ». Cette distinction objectif/subjectif correspond aux critères classiques pour distinguer la nullité absolue de la nullité relative. Elle révèle surtout que les motivations originelles des juges dans l'arrêt Prunier ont été délaissées par la jurisprudence postérieure.

85 Loi 95-96 du 1er février 1995, JO, 2 février 1995, p.1755, introduisant en France les dispositions de la directive 93/13 du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993. Commentaire : Ph. Fouchard, « clauses abusives en matière d'arbitrage », Rev.arb., 1995,147.

86 B. Moreau, L. Degos, « la clause compromissoire réhabilitée », Gaz. Pal. 13-14 juin 2001, p.6; C. Jarroson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire », JCP éd.G 2001,I,333; P. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation », in Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Droit et patrimoine n°104, mai 2002.

87 Ne sont donc pas visés les mécanismes d'arbitrage obligatoire.

« Par l'effet de la loi nouvelle, la principale voie d'accès à l'arbitrage – la clause compromissoire – est élargie grâce à l'extension de son domaine de validité »⁸⁸. Si cette réforme restitue au droit de l'arbitrage l'équilibre qu'il avait perdu, elle ne contredit pourtant pas l'arrêt *Prunier* dans son acception originelle.

La validité de principe de la clause compromissoire est affirmée mais la condition que les contrats aient été conclus à l'occasion d'une activité professionnelle est posée, et toutes dispositions législatives particulières sont réservées.

La réserve pose une première difficulté d'interprétation. Selon Ph. Delebecque⁸⁹, on ne réserve que les exceptions et non le principe. Il ne voit donc pas pourquoi le législateur aurait voulu réserver des dispositions plus favorables. Pour C. Jarrosson, « les dispositions législatives réservées par le texte sont susceptibles de déplacer le curseur soit vers une plus grande ouverture du domaine de validité de la clause, soit vers une restriction plus accentuée, soit vers une prohibition »⁹⁰. Le nouvel article ouvrirait ainsi de nouvelles possibilités sans fermer les anciennes (anciens articles 631 et 631-1 du Code de commerce devenus COJ L 411-4 et L 411-6). Dans le sens opposé figurerait l'hypothèse du contrat de travail où la clause compromissoire reste prohibée (C.trav. Art. L 511-1).

Comment interpréter l'article L 132-1 du Code de la consommation au regard de la réserve de l'article 2061? Deux solutions sont envisageables. Soit la clause compromissoire est valable en matière de droit de la consommation si elle n'est pas abusive. La nullité de la clause compromissoire deviendrait facultative et relative puisqu'il appartiendrait au juge de vérifier au cas par cas le caractère abusif ou non de la clause, et qu'il serait interdit au professionnel de se prévaloir de cette nullité. Cette solution mettrait « le régime de la nullité de la clause compromissoire en accord avec son seul fondement rationnel, qui est la protection du contractant présumé plus faible »⁹¹. Elle pose cependant la difficulté de savoir si l'arbitre est compétent pour prononcer le caractère abusif, alors que la législation veut justement éviter que le consommateur soit obligé de se retrouver devant l'arbitre. En outre, le caractère facultatif de la nullité risquerait de porter atteinte à la sécurité juridique. Selon la seconde interprétation, l'article L 132-1 du Code de la consommation ne figurerait pas au nombre des dispositions particulières visées à l'article 2061 du Code civil.

La première solution est textuellement possible selon C. Jarrosson, et assez logiquement impossible pour Ph. Delebecque. Cependant, tous deux s'accordent quant à l'interprétation retenue : seule la seconde interprétation correspond à l'esprit de la réforme et il serait étonnant d'admettre le

88 C. Jarrosson, « le nouvel essor de la clause compromissoire », art.préc.

89 Ph. Delebecque, « arbitrage et droit de la consommation », art.préc. Il distingue la formulation « sous réserve des dispositions législatives particulières », d'une autre formulation « sans préjudice des dispositions législatives particulières », seule la seconde concernant des hypothèses confirmant ou infirmant le principe.

90 C. Jarrosson, art.préc.

91 Ph. Fouchard, « clauses abusives en matière d'arbitrage », art.préc.

recours à l'arbitrage dans le domaine du contrat de consommation qui est, avec le contrat de travail, l'un des deux contrats où le déséquilibre des parties est le plus flagrant.

La seconde difficulté concerne le sens de l'expression « activité professionnelle ». Elle remplace utilement le critère de la commercialité⁹² par celui de la distinction entre professionnel et profane⁹³. Le texte vise l'activité professionnelle au singulier. La validité est certaine lorsque l'activité est professionnelle pour les deux parties (application de l'article 2061) ou bien pour l'une seulement et l'autre est commerçante ou l'acte est commercial (COJ art. L 411-4). La nullité s'impose nécessairement lorsqu'aucune des parties n'a agi à titre professionnel (c'est un résidu de la méfiance qui entoure la clause compromissoire sans véritable lien avec le fondement du texte). L'activité professionnelle du salarié n'est pas un critère suffisant puisque des dispositions législatives particulières excluent l'arbitrage dans ce domaine. En revanche, si le texte ne précise pas que l'activité professionnelle doit être celle des deux parties, il serait contraire à son esprit de valider la clause compromissoire dans un acte mixte. Il aurait certainement été préférable pour éviter toute confusion de parler de contrats conclus entre professionnels⁹⁴.

* *
*
*
*

La nullité qui sanctionne l'insertion d'une clause compromissoire dans un acte mixte répond à un souci de protection. Il apparaît donc logique qu'elle soit relative, c'est-à-dire soulevée par la personne protégée (le consommateur dans notre hypothèse), qui peut renoncer à s'en prévaloir. Une réserve sera cependant apportée : l'article 2061, dans sa rédaction antérieure, n'était pas dépourvu du souci de protection du consommateur, ce qui faisait de la sanction une nullité d'intérêt privé. Pourtant, la jurisprudence a persisté dans la reconnaissance d'une nullité absolue⁹⁵ en affirmant que la clause était nulle à l'égard des deux parties dans un contrat mixte⁹⁶.

La nullité peut être demandée par le consommateur, *in limine litis* en refusant tout arbitrage s'il est défendeur, ou s'il est demandeur en saisissant le juge étatique qui pourra retenir sa compétence s'il estime la clause manifestement nulle (NCPC art. 1458 al.2). Le caractère manifeste

92 La distinction entre les matières civiles et commerciales a perdu de son intérêt tant en droit interne - où le droit commercial se dissout dans un droit des affaires plus général dont la frontière avec le droit civil est incertaine - qu'en droit international - depuis qu'a été levée la réserve de commercialité envisagée par la Convention de New York du 10 juin 1958, et qu'il suffit à un arbitrage pour être commercial en matière internationale de porter sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale (Paris, 13 juin 1996, JDI, 1997, 151, note E. loquin).

93 Selon T. Clay, art.préc., « *l'émergence du droit de la consommation au sein même du droit civil a laissé progressivement éclore l'idée que le droit des faibles n'est plus tant le droit civil par rapport au droit commercial, mais celui des consommateurs à l'égard des professionnels. En matière contractuelle, le critère d'application du droit des faibles se déplace alors du contrat vers le contractant ou, plus exactement, vers le rapport de force qu'entretiennent les contractants.* »

94 Ph. Delebecque, art.préc.

95 Le terme de nullité absolue n'est pourtant pas le plus approprié dans la mesure où la clause compromissoire pouvait être confirmée une fois le litige né...

96 Cass. 2 avril 1964, D. 1965.412; 5 mai 1982, Rev.arb. 1982,75; et Paris, 11 mars 1994, RTD com. 1994,700, note E. Loquin, « L'étrange régime de la nullité de la clause compromissoire insérée dans un acte mixte ».

peut être discuté. Certes, la clause compromissoire est indiscutablement nulle si elle figure dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, mais encore faut-il que la qualité de consommateur ne soit pas contestable⁹⁷.

La renonciation doit être certaine, expresse ou tacite. Pour la majorité, la participation à l'arbitrage pourrait valoir renonciation lorsque la personne protégée est demanderesse, mais également lorsqu'elle est défenderesse sans soulever l'invalidité de la clause *in limine litis*. En outre, un compromis conclu postérieurement à une clause compromissoire devrait avoir un effet novatoire.

* *
*
*

La loi nouvelle apparaît ainsi sans véritable incidence quant à la validité des clauses compromissoires insérées dans des actes mixtes en droit interne, puisque celles-ci restent nulles. La question de la nullité relative ou absolue relève de l'interprétation par la jurisprudence, et à défaut de précision dans la nouvelle rédaction, le problème de l'application dans le temps de la loi NRE en matière d'arbitrage paraît sans incidence. On notera toutefois la maladresse du législateur, qui, en ne prévoyant aucun droit transitoire, récolte aujourd'hui les fruits de sa négligence. La controverse doctrinale, et ses répercussions au sein des juges du fond⁹⁸, résultent de la nature hybride de la clause, contractuelle et procédurale, et reflète l'incidence des principes fondamentaux quand bien même ils ne seraient pas respectés, en matière d'arbitrage.

b) nullité incertaine de la clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation dans l'ordre international :

La clause compromissoire bénéficie d'une validité quasi systématique dans les contrats internationaux. Elle est non seulement autonome par rapport au contrat principal⁹⁹, mais encore par rapport à toute loi étatique interne, en raison d'une règle matérielle propre à l'arbitrage international¹⁰⁰. Cette jurisprudence ancienne et constante¹⁰¹ a posé le principe de la validité de la clause compromissoire lorsque le litige met en cause les intérêts du commerce international, ce qui revient *in fine* à rejeter l'application de l'article 2061 dans l'ordre international mais également à

97 Sur les difficultés à déterminer la qualité de consommateur ou de professionnel, voir l'introduction.

98 Trib.gr.inst.Paris, ord.réf., 8 octobre 2002, D.2003.1928, note B. Moreau et S. Sihvola; Orléans, 18 mars 2004, Rev.arb., 2004, 391, note critique D. Bureau; (arrêts favorables à la conception processuelle et donc à l'application immédiate de la loi nouvelle); Paris, 9 décembre 2003, Rev.arb., 2004.641, note D. Bureau (arrêt favorable à la conception contractuelle et à la non rétroactivité de la loi nouvelle, s'agissant d'une question de validité).

99 Arrêt Gosset insistant sur la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Cass. 1re civ., 7 mai 1963, Bull. civ. I, n° 246; Rev. arb. 1963, p. 60, note Ph. Francescakis; RCDIP 1963, p. 615, note H. Motulsky; Clunet 1964, p. 83, note J.-D. Bredin; JCP 1963.II.13405, note B. Goldman

100 Règle dégagée dans l'arrêt Hecht, Cass.civ1re, 4 juillet 1972, JDI,1972.843, note Oppetit; Rev.crit.DIP 1974,p.82, note P. Level; RTD com. 1973, p.419, obs. Y. Loussouarn; Rev.arb. 1974, p.67, note Ph. Francescakis.

101 Paris, 13 décembre 1975, JDI,1976,106, note E. Loquin; Paris, 9 décembre 1984, JDI, 1986, 1039 note E. Loquin; Paris, 9 novembre 1990, Rev.arb. 1990,657, note P. Mayer; Cass.civ1re 21 mai 1997, contrats, conc, consom.1997, n°143, obs. L. Leveneur; RTDcom. 1998.330, obs. J. C. Dubarry et E. Loquin.

rendre inopposable dans l'ordre juridique français toute prohibition résultant d'une loi étrangère. L'arrêt *Dalico*¹⁰² abandonne le concept d'autonomie pour celui d'indépendance en le subordonnant au respect des règles impératives du droit français et de l'ordre public international. L'arrêt *Zanzi*¹⁰³ conclut plus simplement à un principe de validité mais la conformité à l'ordre public international ne doit pas être oubliée.

Or, « *en matière internationale, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes ; doit être considéré comme commercial tout arbitrage portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international.* »¹⁰⁴. De la sorte, la nullité de la clause compromissoire est écartée tant dans les actes mixtes que dans les litiges purement commerciaux. La Cour de cassation a utilisé ce principe de validité pour des contrats de consommation, comme les jurisprudences *Jaguar* et *Dame Rado* l'illustrent ; ce qui de surcroît permet d'appliquer à ces contrats le même régime que celui réservé aux contrats du commerce international, notamment concernant le formalisme des clauses compromissoires par référence¹⁰⁵.

* *
*
*
*

La nullité de la clause compromissoire s'explique par le danger que présente une telle clause pour les non-professionnels qui risquent de ne pas en saisir la portée au moment où ils concluent le contrat. Pourtant cette clause est valable dans les contrats transfrontières de consommation. Cette solution peut paraître paradoxale dans la mesure où « *les raisons qui justifient la protection du consommateur dans l'ordre interne se retrouvent dans l'ordre international*¹⁰⁶ ». Il faudrait craindre un droit de la consommation à deux vitesses, strict dans les contrats internes et libéral dans les contrats internationaux¹⁰⁷.

Certains proposent ainsi l'applicabilité du nouvel article 2061 du Code civil dans l'ordre international, conformément à l'interprétation qu'en ont récemment donnée les pouvoirs publics¹⁰⁸.

Dans une première partie, la réponse du Garde des sceaux rappelle l'inapplicabilité dans

102Cass.civ1re, 20 décembre 1993, Rev.arb., 1994, 116 note H. Gaudemet-Tallon ; JDI, 1994.432, note E. Gaillard ; et 1994.690, note E. Loquin.

103Cass.civ1re, 5 janvier 1999, Rev.arb.1999, 260, note Ph. Fouchard ; JDI 1999, p.784, note S. Poillot-Peruzzetto ; RTDcom. 1999, p. 380, obs. E. Loquin.

104Paris, 13 juin 1996, JDI, 1997, 151, note E. Loquin.

105Arrêt Bomar Oil II, Cass.civ1re, 9 novembre 1993, JDI, 1994,690, note E. Loquin ; Rev.arb.,1994, 108, note C. Kessedjian.

106Ph. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation », art.préc.

107Ph. Delebecque, art.préc.

108Rep.min. 31 janvier 2002, Rev.arb. 2002.241, obs. Critique Ph. Fouchard.

l'ordre international de l'article 2061 dans sa rédaction antérieure. Pourtant elle ajoute dans un deuxième temps que « *sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, cette limitation (de la validité de la clause compromissoire) semble devoir être étendue aux contrats internationaux conclus par des consommateurs domiciliés en France avec des professionnels établis à l'étranger, dans la mesure où la stipulation d'une clause compromissoire dans ce type de contrats expose le consommateur à des risques équivalents, sinon supérieurs, à ceux résultant de l'insertion d'une telle clause dans un contrat interne* ». On pourrait en déduire que l'article 2061 dissimulerait une loi de police qui doit « *nécessairement être appliquée par le juge français lorsqu'il est saisi ou respectée par l'arbitre soucieux de voir sa sentence susceptible d'exécution en France* »¹⁰⁹.

On notera cependant que durant les travaux préparatoires, il n'a jamais été question d'appliquer le nouvel article 2061 du Code civil à l'arbitrage international, et qu'à aucun moment la jurisprudence constante de la Cour de cassation en ce domaine n'a été contestée¹¹⁰. Ensuite, les contrats conclus en raison d'une activité professionnelle ne sont pas nécessairement des contrats de consommation. L'article 2061 risquerait donc de sanctionner des clauses compromissoires de manière trop générale. Et où est l'intérêt pour l'arbitre d'appliquer cette loi « afin de voir sa sentence exécutée »? En effet, s'il respecte le principe de nullité, alors il reconnaît qu'il n'est pas compétent et la sentence n'a pas besoin d'exequatur... à supposer que la nullité ne soit pas considérée comme manifeste si un juge étatique a été saisi antérieurement. Enfin, la qualification de loi de police est contestable dans cette hypothèse¹¹¹.

Il nous apparaît plus logique de suivre le même raisonnement mais à propos d'une autre disposition ; l'article L. 132-1 du Code de la consommation pouvant être qualifié de loi de police¹¹². Dès lors que le consommateur a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté, la législation sur les clauses abusives a vocation à s'appliquer. Il appartient alors à l'arbitre d'apprécier sa propre compétence au regard de l'article L 132-1 et notamment de son annexe.

Cette solution apparaît protectrice, tout en ayant l'avantage de la souplesse, puisque la nullité ne serait pas automatique. Certes, on pourrait opposer les arguments évoqués précédemment en matière interne (défaut de sécurité juridique puisque la nullité est facultative, solution supposant le recours à l'arbitre en vertu du principe de compétence-compétence alors même que la législation a pour objectif d'éviter au consommateur tout passage par un arbitre).

109C. Jarrosson, « le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », art.préc.

110B. Moreau et L. Degos, Gaz. Pal., 13-14 juin 2001, p.6; Ph. Marini et F. Fages, D.2001, chron., p.2658; C. Jarrosson, JCP, 2001.I.333

111Une loi de police défend les intérêts vitaux de la société, sans entrer en conflit avec les lois étrangères. Il s'agit de la loi du for, c'est-à-dire celle du tribunal saisi, indépendamment des règles de conflit de loi. Elle s'applique immédiatement contrairement à l'ordre public international qui intervient a posteriori, une fois la règle de conflit de loi appliquée, comme un correctif.

112E. Loquin, obs. In RTD com. 1998, p. 331.

Cependant, la recherche d'un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (Ccons. Art. L. 132-1) permettrait d'expliquer les solutions des arrêts *Jaguar* et *Mme Rado*. Les questions d'arbitrabilité et de licéité de la clause compromissoire se rejoindraient partiellement sous l'égide de l'article 2059, mais demeurerait le problème de la validité de la clause en droit commun. La Cour de cassation reconnaîtrait l'arbitrabilité du litige, et la validité de la clause compromissoire au regard du seul droit de l'arbitrage. La règle matérielle héritée de la jurisprudence *Labinal* excluait en effet l'application des règles du Code civil. Cependant, elle ne validerait pas la clause compromissoire pour autant. La réserve de la compétence-compétence ne viserait pas la question de l'arbitrabilité, mais celle de la validité de la clause compromissoire au regard du seul droit de la consommation. Dans ce cas en effet, la nullité ne peut être manifeste, car le déséquilibre significatif suppose une appréciation *in concreto*. Or, dans les deux espèces, les consommateurs paraissaient avertis, et cherchaient surtout à user de recours dilatoires pour échapper à leurs obligations : les collectionneurs qui avaient acheté dans un but spéculatif étaient très certainement familiers de ce genre de clause et cherchaient à échapper au paiement des échéances dont ils étaient débiteurs¹¹³, Mme Rado avait perdu son argent suite à des placements à risque. Il apparaît difficile de s'émouvoir à leur propos.

* *

*

Cette dernière interprétation n'est pas sans rappeler la théorie de l'unconscionability qui, en droit américain, permet de limiter les abus dans le recours à l'arbitrage en droit de la consommation. Le droit comparé présente en effet nombre d'exemples où arbitrage et droit de la consommation cohabitent en parfaite harmonie.

113C. Jarrosson estime pour sa part que l'espèce n'intéresse pas le droit de la consommation, dans la mesure où l'achat pour un but spéculatif est un acte de commerce. In « Le nouvel essor de la clause compromissoire », art.préc.

B) QUESTION DE LA LICÉITÉ EN DROIT COMPARÉ :

Les enseignements du droit comparé illustrent la possibilité d'utiliser l'arbitrage comme mode de règlement de litiges de droit de la consommation. L'arbitrage, pourtant présenté comme une justice de luxe réservée à des enjeux financiers importants, souvent inconnu des profanes, a su s'adapter afin de séduire à la fois les professionnels et les consommateurs. Le déséquilibre entre les deux parties que cherche à estomper le droit de la consommation n'est pas ignoré : plusieurs techniques permettent de prévenir tout recours abusif à l'arbitrage. Elles présentent l'avantage d'intervenir au cas par cas, en fonction de la situation de déséquilibre *in concreto*, sans interdire le recours à cette procédure qui se révèle dans la pratique moins contraignante pour le consommateur que pour le professionnel.

Il convient cependant de distinguer l'arbitrage privé de l'arbitrage public. Le premier correspond à l'arbitrage de droit commun librement convenu entre les parties. Le second est un arbitrage dont le déroulement est imposé au justiciable, reposant sur un fondement légal et non conventionnel, mais autorisant l'application des principes de l'arbitrage quant à la procédure et au choix des arbitres. Les deux suscitent des observations distinctes puisque la question du déséquilibre entre les parties lorsque le recours à l'arbitrage a été décidé, ne se pose pas en cas d'arbitrage public.

1 - l'arbitrage privé : l'exemple des États-Unis

Dans l'ordre juridique américain, l'arbitrage des litiges de droit de la consommation est largement passé dans les moeurs. Plus de quatre cent institutions organisent ainsi des procédures arbitrales spécialisées dans les litiges du droit de la consommation. L'exemple américain présente plusieurs intérêts dans le cadre de cette étude : il permet à la fois d'offrir quelques techniques pour limiter les insertions abusives de clauses dans des contrats¹¹⁴, de comprendre le travail accompli pour faire accepter ce mode de règlement des conflits¹¹⁵, et de fournir un exemple concret d'arbitrage dans le secteur automobile¹¹⁶.

a) un encadrement légal et jurisprudentiel :

Depuis 1925, une loi votée par le Congrès américain, « the Federal Arbitration Act » (FAA), donne aux conventions d'arbitrage la même force obligatoire que des conventions de droit commun,

114De même, J.-T. Mc Laughlin, « Arbitrability, current trends in the United States », *Arb.Int.*, 1996, 113 et s. ; ainsi que M. Maisonneuve, « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », *rev.arb.*, 2005, 101.

115Les principales informations à ce sujet proviennent de l'article de J. McGonagle, « Arbitration of consumer disputes », *The arbitration journal*, 27, June 1972, 65-84.

116R. Widdows, « Consumer arbitration as a dispute resolution mechanism in customer-seller disputes over automobile purchase », *The arbitration journal*, march 1987, 17.

ce qui a enclenché un processus visant à mettre fin à une tradition d'hostilité à l'égard de l'arbitrage. La Cour Suprême américaine a affirmé que cette loi créait une forte présomption d'arbitrabilité¹¹⁷ sous la seule réserve des considérations d'équité ou de droit qui commanderaient l'annulation de n'importe quel contrat¹¹⁸. Pour contrer cette présomption, il faudrait prouver que le Congrès a tenu à interdire dans une autre loi la renonciation à une action devant un tribunal étatique, ou qu'une telle renonciation irait à l'encontre de la philosophie de cette autre loi¹¹⁹. Par conséquent, un litige entre un consommateur et un professionnel n'est pas moins arbitral qu'un litige purement commercial.

Pourtant, la position de faiblesse du consommateur ne laisse pas indifférentes les législations de certains États, qui ont restreint la présomption de validité d'une convention d'arbitrage pour les litiges de droit de la consommation. La Cour Suprême américaine a néanmoins affirmé que les lois des États fédérés hostiles à l'arbitrage restaient sans effet si le contrat prévoyait des relations commerciales entre États fédérés¹²⁰.

Il reste que la loi fédérale laisse aux États fédérés la possibilité de définir sur quels fondements un contrat comprenant une clause d'arbitrage pourrait être annulé. Les vices du consentement sont envisagés. Le but est d'éviter que le professionnel n'abuse de sa position pour imposer le recours à l'arbitrage à son cocontractant. Mais la loi fédérale ayant une autorité supérieure à celle des États fédérés selon la Constitution, le régime appliqué aux conventions d'arbitrage ne peut pas être plus strict que celui prévu pour d'autres contrats. Ainsi, il n'est pas possible dans un même contrat de reconnaître la validité de toutes ses clauses à l'exclusion de celle prévoyant le recours à l'arbitrage sur le fondement d'un vice du consentement¹²¹, et les efforts des États fédérés pour imposer un formalisme ad validitatem spécifique concernant la clause d'arbitrage dans les contrats de consommation sont anéantis par les cours fédérales¹²².

Cependant d'autres limitations sont possibles, et peuvent être prévues soit par des lois pourvu qu'elles n'aboutissent pas à la nullité de la clause d'arbitrage, soit à travers la jurisprudence.

* *
*
*
*

117« *The FAA establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or like defense to arbitrability* », *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 160 US I at 21-25 (1983).

118*Gilmer v. Interstate/Johnson Lane corp.*, 500 US at 20-24 (1991).

119« *The party opposing arbitration carries the burden of showing that Congress intended in a separate statute to preclude a waiver of judicial remedies or that such a waiver inherently conflicts with the underlying purposes of that other statute.* » *Rodriguez De Quijas v. Shearson American Express. Inc.*, 190 US 177 (1989).

120*Allied Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 115 S Ct. 834 at 843 (1995).

121*Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 US 506 at 511 (1974).

122*Securities Indus. Ass'n v. Connolly*, 883 F 2d 1114 (1st Cir. 1989).

Les législations du Texas, du Montana et de la Géorgie interdisent le recours à l'arbitrage pour les litiges de droit de la consommation portant sur un montant inférieur à une certaine somme (50 000 au Texas, 5 000 dans le Montana et 25 000 \$ pour la Géorgie). Le Texas ne permet la mise en oeuvre d'une convention d'arbitrage que si le consommateur est demandeur. La Caroline du Sud exige que la clause soit particulièrement mise en évidence dans le contrat. Ces quelques exemples montrent que le litige n'est pas inarbitrable *de facto*, mais la mise en oeuvre de la clause est limitée.

* *

*

Dans les États où aucune loi particulière ne régit les conventions d'arbitrage, la jurisprudence a imposé quelques contraintes. En effet, selon l'interprétation qu'en donne la Cour suprême, la loi fédérale réserve les considérations de droit et d'équité¹²³ qui commanderaient l'annulation de n'importe quel contrat. La théorie de l'*unconscionability* permet justement à une partie d'obtenir du juge qu'il refuse de faire exécuter tout ou partie du contrat lorsque celui-ci contient des dispositions léonines. Pour que cette théorie s'applique, deux éléments doivent être réunis au moment où le contrat est conclu : l'un procédural (*procedural unconscionability*) et l'autre matériel (*substantive unconscionability*).

Il faut d'une part que l'une des parties soit placée dans une situation d'infériorité d'où découle une impossibilité de négocier la rédaction de la convention et une absence de véritable alternative à l'acceptation, par exemple lorsque la partie forte est en situation de monopole ou que ses concurrents proposent tous des contrats contenant une clause compromissaire semblable, ou encore lorsque la partie faible n'a jamais remarqué la clause car elle était cachée (rédigée en petits caractères, au verso, ...) ou car elle n'était pas en mesure d'en comprendre la portée (si aucune information n'a été donnée, ou si le délai de réflexion était très bref pour accepter le contrat).

D'autre part, l'élément matériel relatif au contenu de la convention arbitrale, suppose qu'elle soit à sens unique, ou qu'elle ait des conséquences excessivement dures, c'est-à-dire qu'elle profite tellement à une des parties qu'elle heurte la conscience. Cinq exigences minimales peuvent être dégagées de la jurisprudence¹²⁴. La convention arbitrale doit prévoir la désignation d'arbitres neutres, des modes de preuve permettant la manifestation de la vérité, que la sentence sera rendue

123La jurisprudence a donné une liste de ces considérations de droit ou d'équité : « *general contract defenses such as fraud, duress, or unconscionability, grounded in state contract law, may operate to invalidate arbitration agreements* », *Doctor's Assocs. Inc. v. Casarotto*, 517 US at 687 (1996). On notera que la théorie de l'*unconscionability*, notion issue de l'*equity*, a été consacrée par l'*Uniform Commercial Code* (§ 2-302).

124« *An arbitration agreement is lawful if it "(1) provides for neutral arbitrators, (2) provides for more than minimal discovery, (3) requires a written award, (4) provides for all the types of relief that would otherwise be available in court, and (5) does not require employees to pay either unreasonable costs or any arbitrators' fees or expenses as a condition of access to the arbitration forum"* », *Cole v. Burns Int'l Sec. Serv. Inc.*, 105 F.3d at 1465-1482 (D.C. Cir. 1997). Tout en sachant que le consommateur est avec le professionnel dans une position comparable à celle du salarié avec son employeur, au regard de la théorie de l'*unconscionability*.

par écrit (pour rendre possible un contrôle judiciaire de la sentence, et afin d'éviter une confidentialité qui empêcherait le consommateur de trouver des arguments dans des litiges précédents avec le même professionnel), elle doit autoriser tout type de réparation qui serait envisageable devant une juridiction étatique, et enfin ne doit pas dissuader financièrement la partie faible de saisir la juridiction arbitrale.

La théorie de l'*unconscionability* permet de limiter avec souplesse les recours abusifs à l'arbitrage dans les litiges de droit de la consommation sans condamner l'arbitrage non commercial en lui-même. « *Elle condamne seulement l'utilisation qu'une partie forte peut en faire pour éviter d'être inquiétée en justice. Cette théorie est d'ailleurs d'autant moins hostile à l'arbitrage que le juge peut déclarer séparables du reste de la convention arbitrale les dispositions "unconscionable" lorsqu'elles ne sont pas trop nombreuses (...) et faire exécuter la convention arbitrale amputée des dispositions condamnées* »¹²⁵. Cette théorie n'est pas sans rappeler l'utilisation précédemment préconisée de la législation sur les clauses abusives dans l'ordre international en droit français.

b) une mise en place progressive :

Si la législation permettait dès 1925 de recourir à l'arbitrage, ce mode de règlement des litiges, bien qu'utilisé de manière ponctuelle dans certains secteurs, rencontra quelques difficultés pour être accepté de manière plus générale.

Dans les années 50, suite au développement du consumérisme aux États-Unis, les juridictions étatiques se sont révélées non seulement inefficaces mais encore inappropriées. Complexité des procès, pertes de temps pour les avocats comme pour leurs clients, coût des experts lorsque le consommateur supportait la charge de la preuve, sanctions des professionnels insatisfaisantes pour des consommateurs qui ne désiraient que récupérer leur argent ... créaient une suspicion générale à l'égard de ce mode de règlement des litiges et aboutissaient souvent à une situation de non droit. « *If justice is delayed for a poor person, it does not really "exist" for him* »¹²⁶.

Ce constat a conduit à la recherche d'alternatives. Le regroupement des consommateurs au sein d'une association leur permettait de faire légalement pression sur le professionnel en amassant les menaces d'action en justice¹²⁷, les professionnels ont développé leurs services de relation avec la clientèle dans l'idée qu'un client non satisfait est un client perdu, des organes de médiation sont

125M. Maisonneuve, « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », art.préc.

126E. Banfield, « The Unheavenly City », 158-84.

127À Philadelphie, la "Consumer's Education and Protection Association" en était une illustration.

apparus sous l'impulsion de certaines compagnies¹²⁸, et des procédures de conciliation étaient organisées au niveau fédéral ou des États fédérés. Devant un tel foisonnement, le consommateur individuel risquait de se perdre. Une association a été créée afin de conseiller le consommateur et le diriger vers le mode de règlement le plus approprié : «the Consumer HELP Center ».

Concurremment, «the American Arbitration Association» (AAA) est intervenue pour étendre l'arbitrage aux litiges de droit de la consommation. Une telle procédure existait déjà, de manière limitée, dans le secteur des blanchisseries¹²⁹, sous l'égide de l'AAA. Si un client insatisfait ne parvenait pas à résoudre le conflit de manière amiable avec le professionnel, l'un comme l'autre pouvaient soumettre le litige à un arbitre désigné par l'AAA. L'idée de l'AAA était de généraliser l'insertion de clauses arbitrales dans les contrats de consommation, ce qui requérait de convaincre les professionnels.

L'AAA créa une antenne séparée pour appliquer les méthodes d'arbitrage qui s'étaient révélées fructueuses en matière commerciale et pour les contentieux salariaux : «the National Center for Dispute Settlement» (NCDS), grâce à une subvention de la fondation Ford. Mais en l'absence de pression entre professionnels pour recourir à l'arbitrage des litiges de consommation, contrairement à celle qui peut exister en matière commerciale, la NCDS espérait convaincre de son efficacité par l'exemple¹³⁰, en offrant ses services au niveau local pour des litiges où la médiation avait échoué. Mais encore fallait-il en faire la publicité.

Le «Consumer HELP Center» s'est révélé particulièrement utile tant pour fournir les noms des requérants insatisfaits par les autres modes de règlement des litiges, que pour faire la promotion de l'arbitrage auprès des professionnels. Il fut également proposé d'apposer un cachet sur les produits ou dans les magasins, indiquant aux consommateurs quels professionnels privilégiaient le recours à des modes simplifiés de règlement des litiges; ce «Fair dealer seal» devant générer une pression concurrentielle parmi les non participants. Il n'est pas sans rappeler l'insigne utilisée en Espagne pour garantir une meilleure prestation de services offerte au client par le professionnel qui a adhéré au système¹³¹, bien que dans cette hypothèse, l'arbitrage soit non plus privé, mais légal.

128Le MACAP, Major Appliances Consumer Action Panel, jouait ainsi son rôle de médiateur lorsque le revendeur et le fabricant avaient été contactés sans succès. Mais une partialité objective était à craindre : «*when an industry controls and administers its own complaint system, the consumer is less likely to expect a fair hearing*».

129«the Cleaning and Dyers Institute» à New York.

130«*they must see it in operation... they will not see it unless someone has already been to arbitration* » , J. McGonagle, « arbitration of consumer disputes », art.préc.

131Pour une reproduction de cette insigne, voir le compte rendu de la conférence de Lisbonne sur l'accès des consommateurs à la justice, p. 102.

c) l'exemple d'un arbitrage organisé par les grandes entreprises du secteur:

L'arbitrage des litiges entre consommateurs et professionnels a particulièrement prospéré dans le secteur automobile. Constatant que les litiges étaient inévitables en raison de la probabilité que certains produits soient défectueux, et comme un consommateur insatisfait est peu enclin à rester fidèle par la suite à la même marque, les constructeurs d'automobiles ont fait appel à l'AAA afin de sélectionner des arbitres spécialisés et d'organiser des procédures spécifiques d'arbitrage. S'il existe quatre principaux mécanismes d'arbitrage¹³² présentant des caractéristiques propres, un mode opératoire général peut être dégagé.

Le consommateur saisit l'institution arbitrale en déposant une caution. Celle-ci désigne soit un arbitre unique, soit trois arbitres représentatifs des deux parties¹³³. La sentence doit ensuite être rendue dans un délai de 40 jours. Le consommateur commence par remplir un formulaire décrivant le litige, puis le revendeur automobile fournit ses observations. Ces documents écrits ainsi que l'expertise de l'automobile seront les principaux éléments appréciés par l'arbitre. La décision de l'institution arbitrale a force obligatoire à l'égard du professionnel mais non du consommateur qui peut à tout moment opter pour un contentieux devant les tribunaux. Un sondage réalisé en 1985 a permis de donner un premier aperçu de la réception de cette institution par les consommateurs¹³⁴.

Concernant le coût de la procédure, plusieurs catégories de dépenses doivent être distinguées : les dépenses associées à la préparation des documents (timbres, appels téléphoniques, photocopies, temps passé, parfois frais d'expertise), les dépenses associées au déroulement de l'instance (temps et transport pour assister à l'instance) et celles pour obtenir l'exécution de la décision arbitrale (temps, transport, frais de timbre). La seconde catégorie de dépenses a été exclue car la présence du consommateur n'est pas jugée nécessaire, ni n'est souhaitée puisque les arbitres s'appuient sur les documents écrits. Le coût moyen des procédures s'est élevé à 336 dollars, dont 104 pour la préparation des documents. Concernant la durée, la sentence est obtenue en moyenne après deux mois. Concernant la complexité, le consommateur est libre d'opter pour une procédure informelle, bien qu'un minimum soit requis pour respecter ses droits. Toutefois, le sondage n'a pu apprécier la satisfaction des consommateurs à ce sujet, puisqu'ils assistent rarement aux instances.

Si 77% des demandes formulées par les consommateurs ont été satisfaites, on notera cependant une certaine méfiance à l'égard de tels arbitrage parfois jugés trop favorables à l'égard des professionnels.

132À savoir : Ford Consumer Appeals Board, Chrysler Customer Satisfaction Arbitration Board, the BBB's AUTO LINE, et the National Automobile Dealers Association's AUTOCAP.

133Généralement un arbitre consommateur et deux professionnels.

134Données commentées par R. Widdows, art.préc.

Outre les États-Unis, certains pays européens ont également favorisé l'arbitrage du droit de la consommation. Au Luxembourg, en Belgique et aux Pays-Bas, des commissions de règlement des litiges mettant en place des procédures d'arbitrage volontaire ont été créées par des associations de consommateurs et par des professionnels dans différents secteurs (voyages, teinturerie, meubles)¹³⁵. Au Japon, la nouvelle loi sur l'arbitrage entrée en vigueur le 1er mars 2004, s'appliquant tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, reconnaît la validité des clauses compromissoires insérées dans un contrat de consommation, mais permet au consommateur de la résilier de manière discrétionnaire, sauf s'il a engagé une procédure arbitrale sur le fondement de cette clause¹³⁶.

2 - l'arbitrage public :

Alors que plusieurs pays de la Communauté européenne se trouvaient confrontés au problème de l'accès à la justice des consommateurs, et comme les programmes communautaires sur la protection des consommateurs encourageaient les États membres à simplifier les systèmes d'accès à la justice pour la résolution des litiges de consommation, quelques pays développèrent un mode d'arbitrage institutionnalisé. Organisées par la loi, ces procédures sont aux frontières de l'arbitrage, mais leur étude permet de dégager les éléments qui en font un mode de règlement des litiges apprécié des consommateurs. L'Espagne et le Portugal en fournissent une illustration.

a) Une organisation légale :

La Constitution espagnole énonce que les pouvoirs politiques garantiront la défense des consommateurs et des usagers¹³⁷. Une loi de 1984 a défini le système d'arbitrage des litiges de consommation et chargé le gouvernement de son établissement¹³⁸, après consultation des secteurs professionnels intéressés et des associations de consommateurs et d'usagers. Les premiers Comités d'arbitrage de consommation furent créés à partir de 1986. Une loi de 1988 délégua au gouvernement le pouvoir de procéder à l'organisation matérielle par voie réglementaire¹³⁹.

L'arbitrage public concerne en Espagne tous les litiges qui surgissent habituellement entre les consommateurs et les professionnels, à condition de ne pas impliquer des blessures, intoxications, décès, ou de ne pas présenter de véritables indices de délit. La soumission des parties à l'arbitrage est volontaire et doit être prévue par écrit. Aucune formalité spéciale n'est requise : les demandes sont appréciées oralement dans un bref délai. L'arbitrage est gratuit pour les deux parties,

¹³⁵Compte rendu de la conférence européenne sur l'accès de consommateurs à la justice, art.préc.

¹³⁶K. Yamamoto, « La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage », Rev.arb. 2004, 829.

¹³⁷Constitution espagnole, article 51, paragraphe 1.

¹³⁸Loi générale pour la défense des consommateurs et usagers, 26/1984, du 19 juillet 1984, article 31.

¹³⁹Loi de l'arbitrage, 36/1988, du 5 décembre 1988.

sauf si l'une requiert un expert. Les décisions sont immédiatement obligatoires et il n'existe pas de seconde instance. La composition tripartite doit garantir l'impartialité, le tribunal arbitral comprenant un représentant du secteur professionnel intéressé, un représentant des consommateurs, et un membre d'une administration publique.

Le succès du système passe par la réalisation de campagnes de publicité, la distribution d'une insigne aux professionnels adhérents, l'évaluation constante des activités et la publication des résultats, ainsi que l'implication des associations de consommateurs les plus influentes et de nombreux secteurs professionnels. À l'origine d'une amélioration de la qualité des services auprès des clients, le système est désormais considéré, sur le marché des biens de consommation, comme une forme moderne et légitime de concurrence.

Au Portugal, la procédure utilisée par le Centre d'arbitrage des litiges de consommation de Lisbonne, prend appui sur la loi d'arbitrage volontaire¹⁴⁰, qui concerne les litiges qui ne sont pas exclusivement soumis à un tribunal judiciaire, et qui donne aux décisions arbitrales la même force exécutoire que celle des décisions des tribunaux de première instance.

Le Centre regroupe un service d'appui juridique et un tribunal arbitral. Le tribunal a un caractère permanent et est composé d'un seul arbitre nommé par le Conseil supérieur de la magistrature. Le service juridique donne les informations aux consommateurs et professionnels, reçoit les réclamations, en effectue le triage, et fait l'instruction des procès.

Pour être admis, le litige doit résulter de l'acquisition de biens ou de services à Lisbonne, ne pas porter sur un montant supérieur à environ 1200 € et la convention d'arbitrage doit être acceptée. Les personnes qui saisissent le tribunal sont exemptées de frais de justice et de frais préparatoires. Pendant l'instance, les parties peuvent se faire représenter, mais la constitution d'avocat n'est pas obligatoire. Le juge arbitre n'est pas limité par la présentation des faits réalisée par les parties, et il peut ordonner des expertises. Il délibère en droit, mais peut avec l'autorisation des parties, statuer en équité.

b) une institutionnalisation sécurisante :

La question de l'accès à la justice des consommateurs se pose d'abord au niveau de l'accès à l'information. Plus des procédures de règlement amiable auprès des services du professionnel, de médiation, de conciliation, d'arbitrage privé sont développées, et plus le consommateur se perd. Les modèles portugais et espagnol permettent de dégager plusieurs conditions indispensables à l'efficacité d'un modèle d'accès simplifié à la justice.

140Loi 31/86 du 29 août 1986.

Le développement de services qui puissent permettre une correcte information au consommateur national et étranger est une première étape. La centralisation dans un même service des tâches d'information, de médiation, de conciliation et de jugement permet ensuite une réglementation rapide, simplifiée et efficace des litiges.

Une fois le consommateur correctement dirigé, encore faut-il que la procédure ne le décourage pas. L'institutionnalisation permet aux départements de l'État responsables dans le domaine de la défense du consommateur, et aux mairies représentant les consommateurs et les professionnels au niveau local, de s'accorder pour financer le fonctionnement de l'institution. L'impartialité procède quant à elle de la participation d'organisations représentatives des consommateurs et des professionnels.

Enfin, l'efficacité dépend également de l'impact de la décision rendue, impact accru grâce à la reconnaissance de la force exécutoire d'une décision arbitrale au Portugal. La valeur de titre exécutoire présente un intérêt accru en matière internationale puisqu'elle permet une application directe de la décision arbitrale aux professionnels ayant leur établissement dans un de ce pays, sans l'application de conventions internationales. L'arbitrage devient ainsi un procédé alternatif mais aussi complémentaire de la justice traditionnelle.

* *
*
*

Au lendemain de la Révolution française, la loi des 16-24 août 1790, avec le souci d'instituer une organisation judiciaire simple et plus proche du citoyen, énonçait : « *l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis* »¹⁴¹. Les législateurs ultérieurs ne se conformèrent jamais à cette interdiction, et contribuèrent au contraire à un mouvement d'étatisation de la justice afin de l'instrumentaliser au profit d'une stabilisation du pouvoir.

L'hostilité traditionnelle longtemps manifestée par le droit français à l'encontre de l'arbitrage peut-elle occulter ce que l'expérience étrangère révèle? L'arbitrage, sans être le moyen le plus raisonnable de règlement des litiges de droit de la consommation, peut du moins être un moyen efficace. Les obstacles de droit interne semblent difficiles à surmonter; en revanche, rien ne s'oppose de manière absolue à l'arbitrage des litiges de droit de la consommation en matière internationale. Encore faut-il en vérifier l'opportunité.

141J.-J. Clère, « l'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806), Rev.arb., 1981,3.

II – DE L'OPPORTUNITÉ DE L'ARBITRAGE D'UN LITIGE ENTRE UN CONSOMMATEUR ET UN PROFESSIONNEL :

« Il ne suffit pas de créer d'excellents droits substantiels si le titulaire n'a pas aussi de mécanismes de procédure appropriés pour les faire valoir. »

K. Van Miert¹⁴².

Le droit de la consommation s'est considérablement développé depuis une vingtaine d'années, que les normes soient introduites par le législateur national ou par la voie d'instruments de droit communautaire visant à l'harmonisation des droits des États membres.

La protection du consommateur constitue en effet une préoccupation de la Communauté européenne depuis 1967, date où un Comité avait été spécialement créé à ce propos. En 1973, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptait une Résolution¹⁴³ contenant une Charte de protection du consommateur. La Charte établit qu'à « l'État incombe le devoir reconnu de fournir aux consommateurs une ample protection légale et une assistance active ». Mais une protection sans possibilité de la mettre en oeuvre est inutile. La Charte précise ainsi que les consommateurs « doivent avoir un accès facile et pas cher au système légal du pays ou à une forme acceptable d'arbitrage pour petites causes ». En 1993, le livre vert de la Commission sur ce sujet prouvait que la question de l'accès des consommateurs à la justice n'était pas encore réglée dans nombre de pays de la Communauté européenne, notamment la France. Mais dans ce domaine, la politique européenne ne peut dépasser le stade des avis et des recommandations, puisque l'organisation de la justice relève de la compétence nationale.

Le droit de la consommation qui tend pourtant à atténuer le déséquilibre entre consommateur et professionnel, aura paradoxalement pour effet de le renforcer : le consommateur est crédule, il sait qu'il a des droits¹⁴⁴, et croit ce que dit le professionnel. On ne saurait à ce titre assez critiquer certaines revues ou émissions de vulgarisation du droit qui pourraient laisser penser au consommateur qu'il bénéficie d'une quasi-immunité de par sa qualité, et qui risquent de le conforter dans sa crédulité. Car encore faut-il pouvoir mettre en oeuvre ces droits. L'action en justice a un effet dissuasif tant pour celui qui est menacé, que pour celui qui voudrait l'intenter. Les « petits litiges » devraient-ils être sacrifiés?

Ces difficultés de droit commun sont encore accrues lorsque le contrat de consommation est un contrat transfrontière. « L'ouverture des frontières européennes, la mondialisation de

142 Commissaire de la Commission des Communautés européennes, lors du colloque, III^e conférence européenne sur l'accès des consommateurs à la justice, Lisbonne, 21-23 mai 1992

143 Résolution 543(1973).

144 Mais ne sait souvent pas lesquels, baignant dans un flou juridique exacerbé par une profusion législative difficile à déchiffrer avant même de chercher à la comprendre, pour le non juriste comme pour le juriste.

l'économie, la multiplication des déplacements, le succès du commerce électronique »¹⁴⁵, principaux facteurs du développement de la consommation transfrontière, sont relativement récents. Or, le droit de la consommation est déphasé par rapport à cette évolution puisqu'il reste national. Aux traditionnelles difficultés d'accès à la justice s'ajoutent donc les conflits de juridiction et les conflits de loi propres au droit international privé.

Lenteur, complexité, coût, distance s'allient pour dissuader le consommateur d'agir et placer le professionnel dans une situation d'impunité de fait, puisque les modes alternatifs ou non de règlement des conflits traditionnellement utilisés n'apportent pas de solution satisfaisante (A). Certes l'arbitrage tel qu'il existe en droit commercial n'est pas adapté, mais il est adaptable (B).

A) L'INADAPTATION DES MODES ACTUELS DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE DROIT DE LA CONSOMMATION :

*« Contrairement à ce qui est dit dans le Sermon sur la Montagne,
Si tu as soif de justice, tu auras toujours soif. »*
J. Renard, Journal, 1896.

Tout citoyen a théoriquement la liberté de saisir un tribunal pour obtenir justice s'il s'estime lésé. Mais *« il s'agit là d'une réalité toute formelle, dont l'exercice est entravé par le poids des réalités »*¹⁴⁶.

*« La protection du consommateur ne consiste pas uniquement en une information préventive quant à ses droits ; elle suppose aussi une protection efficace de ces droits lorsqu'un fournisseur de marchandises ou de services ne donne aucune suite à une plainte justifiée du consommateur. Dans ce cas, le recours au tribunal est parfois la seule solution qui reste. Toutefois, ce tribunal est mis en question par le consommateur »*¹⁴⁷. Cette remarque valait déjà en 1978. Aujourd'hui, des procédures de médiation ou de conciliation sont proposées, mais leur efficacité reste incomplète.

145Préface de J. Calais-Auloy, pour la thèse de H. Bureau, « le droit de la consommation transfrontière », Litec, 1999.

146Calais Auloy, Steinmetz, « droit de la consommation transfrontière », 4éd., Dalloz.

147V.H. Van Houtte, « consommateur et arbitrage », Rev.arb.1978, 197.

1 – inadaptation des procédures de droit commun :

« *Monsieur Consommateur et Madame Justice ... un couple ingrat et perfide...
un couple à la vérité mal assorti...
dont les querelles de ménage n'excluent pas une intimité tapageuse.* »

R. Perrot¹⁴⁸

Que le consommateur soit en position de débiteur ou de créancier, il bénéficie d'un droit protecteur dérogatoire au droit commun. Bien que le professionnel ne soit pas automatiquement de mauvaise foi, trop souvent, l'éventualité d'une action en justice décourage le consommateur qui préfère renoncer à ses droits, souvent d'un intérêt pécuniaire minime par rapport au temps et à l'argent qu'il risquerait de perdre.

L'accès à la justice comprend à la fois l'accès au droit et l'accès au juge pour sanctionner le non respect de ces droits.

a) l'accès au juge :

Dans l'ordre international, le consommateur est un individu isolé et profane. S'il décide de réagir suite à un désagrément, il doit d'abord entrer en contact avec le professionnel concerné, ce qui suppose de l'identifier, de le contacter et ensuite de communiquer grâce à une langue commune. La proximité qui auparavant facilitait les règlements amiables des conflits fait cruellement défaut pour les contrats transfrontières, lorsque le professionnel est établi dans un autre État que celui du consommateur. À défaut de règlement amiable du litige, le contentieux apparaît une suite logique. Mais encore faut-il déterminer le tribunal compétent.

Dans le cas où aucun texte de portée internationale n'est applicable, chaque pays apporte sa propre réponse. Le principe d'antériorité en France explique l'application des règles internes de compétence. Les tribunaux français sont compétents lorsque le défendeur demeure en France¹⁴⁹, mais aussi en matière contractuelle lorsque la chose a été livrée ou la prestation de service exécutée en France¹⁵⁰. Le privilège de juridiction du Code civil¹⁵¹ donne en outre compétence aux tribunaux français pour tout litige mettant en cause un français, qu'il soit demandeur ou défendeur.

Quand la relation internationale concerne des États de l'Union européenne, le règlement communautaire du 22 décembre 2000¹⁵² qui remplace la Convention de Bruxelles, écarte les règles

148Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs, Montpellier, 1975, 277.

149NCPC article 42.

150NCPC article 46.

151Civ, articles 14 et 15.

152Règlement CE n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

nationales de conflit pour les litiges entrant dans son domaine d'application, dont les litiges de droit de la consommation font partie (article 1er). Les règles générales de compétence prévues par les articles 2 et 5 du règlement (tribunal de l'État membre dans lequel est domicilié le consommateur, tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée), sont partiellement écartées pour les contrats conclus par les consommateurs. L'article 16 donne compétence au tribunal du lieu où est domicilié le consommateur (et non seulement le défendeur), ce qui lui offre une option quand le consommateur est demandeur, mais contraint le professionnel qui serait demandeur. Cette règle vaut pour les ventes à tempérament, prêts ou autres opérations de crédit à tempérament portant sur des objets mobiliers corporels (article 15-1-a et b), car les achats à crédit sont considérés comme des opérations particulièrement dangereuses pour le consommateur. En revanche, pour les autres contrats, l'option de compétence ne vaut que si le professionnel exerce ses activités professionnelles sur l'État où le consommateur a son domicile (article 15-1-c). Ainsi, seul le consommateur passif qui n'a pas pris l'initiative de franchir la frontière est protégé pour ces contrats. Au contraire, le consommateur qui a pris l'initiative de contracter avec un professionnel étranger devra, s'il est demandeur, presque toujours agir devant un tribunal étranger, en vertu des règles générales (domicile du défendeur, lieu d'exécution de la prestation).

La simplicité de ces règles laisse dubitatif. La protection paraît insatisfaisante quand on songe aux principaux contrats de consommation transfrontière, ceux conclus par des consommateurs au cours de leurs vacances...

À supposer que soit désigné un tribunal dans l'État de résidence du consommateur, s'ajoute la défiance traditionnelle des consommateurs dans l'ordre interne, pour ce « *labyrinthe d'hommes déguisés, plein de formalisme et de cérémonial* »¹⁵³. Trois obstacles principaux sont traditionnellement dégagés¹⁵⁴ : les raisons psychologiques (difficulté de savoir à qui s'adresser, complexité de la procédure, ésotérisme du langage juridique, robe des magistrats et des avocats¹⁵⁵, qui font de la justice un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer), la lenteur de la justice (l'encombrement ajouté à l'inadaptation des procédures montrent que la justice est faite pour les grands procès), et le coût du procès (malgré le principe tout théorique de gratuité de la justice et le développement des mécanismes d'aide juridique et juridictionnelle, qui accepterait d'engager financièrement plus que l'intérêt en jeu¹⁵⁶?).

153H. Van Houtte, « consommateur et arbitrage », Rev.arb. 1978, 197.

154Calais Auloy, Steinmetz, droit de la consommation, 4^e éd., Dalloz, p. 539 et s.

155Contrairement à ce qu'affirmait S. Guitry, les avocats ne portent pas des robes pour mentir aussi bien que les femmes. D'une part certains talents sont inégalables. D'autre part, la réglementation rigoureuse du port de la robe démontre a contrario l'impact qu'il peut avoir sur des profanes. On songe ici aux règlements intérieurs des barreaux qui font interdiction aux avocats de porter leur robe pour des consultations, ce qui n'est pas très éloigné de l'interdiction de disposer un divan dans son cabinet... (J. J. Taisne, La déontologie de l'avocat, les connaissances du droit Dalloz 3^e éd. p. 78 et p. 85.)

156L'aide juridictionnelle instituée par la loi du 10 juillet 1991 accorde effectivement une aide plus facilement que

b) l'accès au droit :

Pour défendre ses droits, le consommateur doit s'informer sur la protection dont il bénéficie et sur son étendue. Or, l'accès à une telle information n'est pas aisé sans l'aide d'un juriste et d'un traducteur, tout particulièrement pour les contrats transfrontières ... et cette aide est rarement gratuite.

Le contenu du droit peut être inadapté en matière internationale, puisque le droit de la consommation reste d'inspiration nationale. Certes les politiques communautaires permettent une évolution de ce droit, mais les efforts d'harmonisation ne sont pas synonymes d'uniformisation. Quant au droit des pays tiers, il ne faut pas oublier que les préoccupations consuméristes restent celles de pays riches. La protection du consommateur suppose donc que soit applicable au litige la loi du pays dont il est résident.

Chaque pays détermine ses règles de conflit de loi. En France, il s'agit de la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi que les parties ont choisie ou sont présumées avoir choisie. On comprend le danger pour un consommateur inattentif au contenu du contrat. Parfois, certaines conventions internationales écartent les règles nationales de conflit. La vente aux consommateurs est exclue du domaine d'application de la *convention de la Haye du 22 novembre 1986*, mais la *Convention de Rome du 19 juin 1980* couvre toutes les catégories de contrats. Celle-ci prévoit que la loi applicable est en principe celle choisie par les parties (art.3), ou à défaut de choix, la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art.4) et qui est présumé être celui où réside la partie qui doit fournir la prestation caractéristique, c'est-à-dire presque toujours le pays où réside le professionnel. Un correctif est donc apporté pour les contrats de consommation : l'article 5 permet au consommateur d'exiger l'application de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle mais seulement dans trois cas qui s'inspirent du critère du règlement de Bruxelles I en matière de conflit de juridiction : il faut que le consommateur soit passif et ait reçu une proposition dans son pays de résidence avant de conclure. Cependant, l'article 7 réserve la loi de police d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, or selon l'article 4, le pays avec lequel le contrat présente le lien le plus étroit est celui où réside la partie qui fournit la prestation caractéristique. À supposer que les deux expressions « **contrat** » et « **situation** présentant un lien étroit » puissent être interprétées de manière identique, cette solution revient à appliquer la loi du pays du professionnel. À moins d'interpréter la différence entre les deux expressions « **autre pays** avec lequel (...) **un** lien étroit » et « **pays** avec lequel il présente **les liens les plus** étroits », comme révélatrice de la

l'ancienne législation sur l'aide judiciaire, mais encore faut-il ne pas dépasser un certain seuil de revenus et que l'action n'apparaisse pas irrecevable ou dénuée de fondement. L'État prend en charge tout ou partie des dépenses du procès, notamment les honoraires de l'avocat librement choisi par le bénéficiaire ou une partie si l'aide est partielle. Mais cela ne résout pas le problème des consommateurs ayant des revenus au dessus des seuils légaux et pour qui les frais peuvent être supérieurs aux gains espérés.

distinction entre la loi du pays du consommateur (art.7) et la loi du pays du professionnel (art.4), du moins lorsque le professionnel réside dans un autre pays que celui du consommateur. L'article 7 permettrait donc d'appliquer les lois de police du pays du consommateur, quand bien même il ne s'agirait pas de la loi du for, et quand bien même la loi du contrat ne serait pas la loi nationale du consommateur. Or, une doctrine majoritaire estime à ce titre que les lois consuméristes seraient des lois de police, tout en concédant que la définition des lois de police fasse l'objet de débats¹⁵⁷. Ainsi, on peut espérer que soient applicables les protections consuméristes grâce à l'intervention *a priori* des lois de police.

2 – insuffisance de la médiation ou de la conciliation :

La recherche d'un règlement amiable est souvent le premier recours du consommateur. Certaines entreprises ont ainsi développé un service clientèle dans cette optique, pour des raisons éminemment commerciales. Mais de telles solutions sont souvent vouées à l'échec à cause du déséquilibre entre les parties. Le recours à un tiers apparaît nécessaire. La médiation et la conciliation consistent à aller volontairement devant un tiers pour chercher avec lui un règlement amiable du litige. Le médiateur propose la solution, alors que le conciliateur se borne à oeuvrer au rapprochement des parties afin qu'elles trouvent elles-mêmes la solution. Ces procédures sont ouvertes si les deux parties acceptent de s'y soumettre, mais ne peuvent être imposées. Le but n'est pas de régler le litige selon les règles de droit, mais d'aboutir à un accord entre les parties. Si la procédure réussit et que les parties parviennent à s'accorder, elle se conclut soit par une transaction qui doit être rédigée par écrit et a autorité de chose jugée, soit par un résultat informel où l'une des parties s'en remet au bon vouloir de l'autre.

La diversité des procédures de médiation ou de conciliation et leur foisonnement parfois anarchique portent cependant préjudice à ce mode de règlement des litiges. Entre les procédures d'initiative privée organisées par des associations de consommateurs dont les professionnels craignent les campagnes de critiques ou par des organisations professionnelles qui adressent des recommandations pour conserver une discipline dans la profession, et les procédures d'initiative étatique souvent délaissées comme la boîte postale 5000 ou la commission de règlement des litiges de la consommation (CRLC), le consommateur a du mal à trouver sa voie. Un effort de simplification pour éviter que la compétence des uns recoupe celle des autres et la création d'un organisme central chargé de guider le consommateur¹⁵⁸ seraient souhaitables.

Le litige n'est pas jugé en droit, et l'aspect comminatoire est absent. S'il est vrai que de telles procédures sont souvent utiles, il serait dangereux de les rendre systématiques. D'autant qu'à défaut

157Calais Auloy Steinmetz, droit de la consommation, op.cit. p.46.

158Comme l'association HELP aux États-Unis, évoquée précédemment à propos des exemples de droit comparé.

de succès de la médiation, le recours au juge reste la seule solution. L'effet dilatoire s'en fait d'autant plus ressentir pour le consommateur, qui déjà craignait la lenteur de la justice. De surcroît, l'article 6 de la loi du 28 janvier 2005¹⁵⁹ complète la liste annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour y ajouter les clauses obligeant le consommateur à « *passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ». Les clauses de médiation et de conciliation sont donc considérées avec la même méfiance que les conventions d'arbitrage¹⁶⁰. Or, cette « justice au rabais »¹⁶¹ risque d'être perçue par l'opinion publique comme l'aveu de l'inefficacité du système judiciaire. À la différence des médiateurs et des conciliateurs, l'arbitre rend un jugement, la sentence arbitrale, qui s'impose aux parties. L'arbitrage pourrait ainsi être une solution médiane entre les tribunaux engorgés et les procédures de médiation ou de conciliation insatisfaisantes, puisqu'il regroupe les avantages d'une sentence ayant force de jugement et d'une voie alternative de règlement des litiges. Mais encore faut-il adapter une procédure qui reste historiquement réservée aux commerçants.

B) L'ADAPTABILITÉ DES PROCÉDURES D'ARBITRAGE :

On reproche à l'arbitrage de permettre au professionnel de s'abriter derrière une procédure complexe et coûteuse rebutant le consommateur s'il était demandeur. Certes, l'arbitrage n'est pas exempt d'inconvénients. Pourtant, la justice étatique est pourvue du même effet dissuasif. Les exemples du droit étranger et la relative reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges en droit international pourraient inciter à développer, en l'adaptant, ce mode alternatif de règlement des litiges, solution médiane qui parviendrait à naviguer entre les deux écueils d'une administration judiciaire redoutée et d'une médiation suspecte (2). D'autant que des mécanismes similaires sont parfois validés en droit français(1).

1 – comparaison avec les mécanismes de droit interne :

« *En offrant aux parties la possibilité de choisir un tribunal, les clauses attributives de juridiction réalisent une sorte de compromis intermédiaire entre la compétence ordinaire des tribunaux et le recours à l'arbitrage* »¹⁶². Si certains se réfèrent intuitivement aux dispositions

159Loi n°2005-67 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », in JCP, 2005 II 20008: D. 2005.423, commentaire in Rev.arb. 2005, 225, note S. Bollée.

160On peut néanmoins relativiser la portée de cette mention, dans la mesure où d'une part, les clauses compromissoires sont soumises à la nullité de l'article 2061 avant tout, et d'autre part, les clauses de médiation ne sont suspectes que pour autant qu'elles ferment la voie étatique et la liste est purement indicative. Par conséquent, une clause qui offrirait une possibilité de recourir à la médiation reste valable; de même pour une clause exclusive en l'absence de déséquilibre significatif.

161Calais Auloy, Steinmetz, op.cit.

162G. Holleaux, Trav.comité fr.dr.int.privé 1964-1966 p.170.

législatives qui ne militent pas en faveur des clauses attributives de juridiction, pour expliquer leur hostilité à l'égard de l'arbitrage, du moins dans l'ordre interne¹⁶³, force est de constater qu'en droit international, l'utilité de telles clauses est confortée par leur validité. Il est aisé de faire un parallèle avec l'arbitrage international auquel on recourt généralement par des clauses compromissaires.

De surcroît, des matières traditionnellement écartées de l'arbitrage en raison de leur caractère d'ordre public, comme pour le droit de la consommation, semblent de plus en plus ouvertes à ce mode de règlement des litiges.

a) comparaison avec les clauses attributives de juridiction en matière internationale :

Comme il a été exposé précédemment, la détermination du tribunal compétent pour un litige de consommation en matière internationale apparaît complexe, que la question soit réglée par une convention internationale ou par les règles nationales. Il pourrait être utile de prévoir au préalable quelle juridiction sera compétente afin de diminuer l'insécurité juridique résultant de ces difficultés, et surtout d'éviter que la détermination de la juridiction compétente soit laissée à la partie la plus rapide¹⁶⁴. Comme une clause compromissoire donne compétence à un tribunal arbitral, une clause attributive de juridiction détermine quel tribunal sera compétent. Cette détermination peut être double : la clause peut désigner l'ordre juridictionnel compétent mais aussi le tribunal spécialement compétent.

Alliant souplesse et prévisibilité, ces clauses répondent indiscutablement aux besoins de la vie internationale¹⁶⁵, ce qui explique que la jurisprudence française ait consacré assez tôt leur validité de principe¹⁶⁶. Suite au décret du 5 décembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile, certaines incertitudes naquirent quant à la validité de telles clauses en matière internationale. L'article 48 NCPC répute non écrite « *toute clause qui directement ou indirectement déroge aux règles de compétence territoriale* ». Une controverse doctrinale portant sur la nature de la compétence judiciaire internationale s'ensuivit : soit la compétence internationale était une compétence d'attribution et la licéité des clauses attributives de juridiction ne dépendait pas de l'article 48, soit la compétence internationale était une compétence territoriale et la licéité dépendait de l'article 48. D'autres encore, opposés aux clauses attributives de juridiction dans l'ordre

163Ph. Delebecque, « arbitrage et droit de la consommation », art.préc.

164Il peut s'agir d'une hypothèse de forum shopping, car les règles de conflit de loi sont déterminées par le pays du for, et à supposer qu'il s'agisse de la loi d'autonomie, et que le contrat prévoie comme loi applicable la loi nationale du professionnel par hypothèse moins protectrice, le choix d'un tribunal dans le pays du professionnel permet de contrer l'application des lois de police du pays du consommateur (sauf application de l'article 7 de la Convention de Rome). Mais il est vrai qu'en droit de la consommation, la possibilité de forum shopping à l'initiative du professionnel est réduite puisque s'il est demandeur, de fait le tribunal compétent est celui du pays où réside le défendeur donc le consommateur.

165GAJFDIP, n°72§2.

166Par ex. cass.civ. 19 février 1930, Rev.crit. 1931.514.

international, fondaient leur argumentation sur la faculté donnée aux juges par l'article 92 NCPC , de relever d'office l'incompétence des tribunaux français en matière internationale, ce qui leur donnerait en même temps les moyens de tenir en échec toute clause attributive de juridiction. Pour B. Ancel et Y. Lequette, « aucune de ces analyses n'était déterminante (...) car la compétence internationale ne saurait être assimilée ni à la compétence d'attribution, ni à la compétence territoriale ; elle constitue bien plutôt une compétence *sui generis* qui, en raison de l'insuffisance de ses règles propres, emprunte la plupart de ses principes de solution à l'ordre interne » et concernant l'article 92, « encore faudrait-il qu'il y ait incompétence, c'est-à-dire au cas où aurait été stipulée une clause attributive de juridiction, que celle-ci soit inapte à fonder une compétence, ce qui (justement) est tout le problème »¹⁶⁷. L'arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*¹⁶⁸ régla la question en admettant la licéité des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international, en précisant que la clause ne devait pas faire échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française, que devaient être exclues de la prohibition de l'article 48 du NCPC les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale et que la désignation globale des juridictions d'un État est licite si le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent. Une solution contraire aurait d'ailleurs été à l'encontre du droit international privé français puisque la Convention de Bruxelles (devenue le règlement de Bruxelles I) valide les clauses d'élection de for dès lors qu'une partie est domiciliée dans l'un des États de la Communauté¹⁶⁹.

Une jurisprudence récente semblerait contredire l'arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques* dans les relations consommateur-professionnel. Certes, on pouvait estimer que l'article 48 du NCPC prohibait les clauses d'élection de for dans l'ordre interne pour des raisons qui perdaient une bonne part de leur force de conviction dans l'ordre international : empêcher certaines pratiques abusives consistant pour la partie la plus forte à insérer à son profit exclusif et au détriment de la partie faible, notamment du consommateur, une clause attributive de juridiction dans des bons de commande ou des factures. Or ce risque se trouverait atténué dans l'ordre international où le plus souvent les acteurs sont pourvus d'un poids et d'une expérience suffisants¹⁷⁰. Mais l'ordre international ne comprend pas que des contrats entre professionnels. À partir du moment où de telles clauses sont insérées dans des contrats de consommation internationaux, leur validité est-elle toujours autant justifiée? L'arrêt *Benet*¹⁷¹ énonce qu'est « inopposable à un défendeur non commerçant une clause attributive de compétence au tribunal de commerce ». Si cette solution semble conforme au droit interne, les faits de l'espèce faisaient apparaître non un litige de droit

167GAJFDIP, n°72§4.

168Cass.civ1re, 15 décembre 1985, Rev.crit. 1986, 537, note H. Gaudemet-Tallon; GAJFDIP n°72.

169Sous réserve que les formalités de l'article 23-1 soient respectées, et que la clause ne soit pas contraire aux dispositions des articles 13, 27, 21 et 22 du règlement.

170GAJFDIP, n°72§4.

171Cass.com., 10 juin 1997, D. 1998.2, note F. Labarthe et F. Jault-Seseke.

interne mais de droit international¹⁷². Bien que l'arrêt ne comporte aucune précision sur ce point, on pourrait néanmoins l'interpréter comme une remise en cause de la validité de la clause attributive de juridiction en matière internationale, dès lors que le litige implique un consommateur. De là à en déduire l'incohérence de la jurisprudence qui admettrait la validité de la clause compromissoire en matière internationale dans les contrats de consommation, il n'est qu'un pas¹⁷³, puisque ces deux types de clause déterminent des compétences en écludant celles de droit commun. Mais ce serait dénaturer le contenu de l'arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises* qui distingue dans les clauses attributives de juridiction deux types de détermination : la détermination de l'ordre de juridiction sur le plan de la compétence générale, et la détermination du tribunal compétent sur le plan de la compétence spéciale. La validité des clauses appartenant à la première catégorie ne soulève pas de difficulté. En revanche, la seconde catégorie affecte la compétence territoriale ou d'attribution interne. « *Chassée du plan de la compétence générale, la prohibition se maintiendrait en France sur le plan de la compétence spéciale* »¹⁷⁴. Ainsi, à supposer que la solution de l'arrêt *Benet* soit applicable en matière internationale en raison des faits de l'espèce mais en dépit de l'absence de précision dans l'arrêt à ce sujet, elle ne remet pas en cause la validité de la prorogation internationale de compétence. Mais lorsque les parties procèdent elles-mêmes à la désignation du tribunal spécialement compétent, elles doivent respecter les règles internes de procédure en ce qui concerne la compétence d'attribution. Or dans cette espèce, la clause attribuait compétence non seulement à une juridiction française, mais surtout au tribunal de commerce de Marseille, et l'article 631 ancien du Code de commerce (COJ, art. L 411-4) fixe la compétence d'attribution des tribunaux de commerce. Une première explication est envisageable : certaines raisons peuvent expliquer le caractère d'ordre public des règles de compétence d'attribution dans l'ordre international. Dans cette espèce, l'idée de protection de la partie non commerçante, ou partie faible, justifierait que la clause de prorogation de compétence du tribunal de commerce ne lui soit pas opposable¹⁷⁵. Mais on peut aussi considérer qu'une fois l'ordre juridictionnel français reconnu par la clause, le litige ne pose plus que des problèmes de compétence interne ; le litige perdant en quelque sorte son caractère international. Par conséquent, cet arrêt ne remet pas véritablement en cause la cohérence des jurisprudences relatives respectivement aux clauses d'attribution de juridiction et aux clauses compromissoires.

172 Défendeur domicilié à l'étranger et contrat dont l'objet est international (cession des droits d'exploitation d'une plantation d'ananas située en Côte d'Ivoire).

173 Franchi par certains, comme Ph. Delebecque, à moins de considérer que cet argument inséré au sein de propos relatifs à l'ordre interne ne doit pas être étendu à la matière internationale, bien que la généralité de l'affirmation laisse dubitatif quant à sa portée. (in « arbitrage et droit de la consommation », Art.préc.).

174 GAJFDIP, n°72§5.

175 F. Labarthe et F. Jault-Seseke, note précitée sous com., 10 juin 1997.

b) comparaison avec d'autres branches du droit marquées par l'ordre public :

Bien qu'apparemment inconciliables, l'arbitrage et le droit de la famille peuvent se combiner pour peu que l'on distingue le droit patrimonial du droit extra patrimonial de la famille. Depuis le droit romain jusqu'au droit intermédiaire, l'arbitrage est même apparu comme un remède aux défaillances de la justice. En 1734, Ferrière écrivait que grâce à l'arbitrage, « *on se met à l'abri des suites fâcheuses et des inimitiés irréconciliables que causent souvent dans les familles des procès qui naissent entre ceux qui devraient vivre dans une très parfaite union* »¹⁷⁶. L'interdiction de l'arbitrage dans toutes les matières intéressant l'ordre public et à l'égard de toute personne n'ayant pas la libre disponibilité de ses droits réduisit dès 1806 le recours à l'arbitrage en droit de la famille. Pourtant, s'il est vrai que l'arbitrage est nécessairement exclu en droit extra-patrimonial de la famille, rien ne s'oppose véritablement à son développement en droit patrimonial, bien que cette technique soit rarement employée en pratique. En effet, la clause compromissoire est exclue, et le strict respect des articles 2059 et 2060 du Code civil, c'est-à-dire le fait que les parties disposent de leurs droits et que la matière n'intéresse pas l'ordre public, rend complexe la détermination des litiges arbitrables. Quelques exemples prospèrent néanmoins : la liquidation d'un régime matrimonial suite à un divorce¹⁷⁷, le règlement d'une succession si le compromis est signé après l'ouverture de la succession¹⁷⁸, ou même tout partage. En droit international, s'il est certain que l'article 2061 du Code civil est écarté, sauf à admettre l'interprétation qu'en fait la réponse ministérielle, la doctrine s'interroge sur l'applicabilité de l'article 2059 du Code civil. En vertu du principe de compétence-compétence, il appartiendrait alors aux arbitres de déterminer si les droits litigieux sont disponibles pour se déclarer compétents. Les perspectives d'arbitrage semblent donc plus favorables en droit international, puisque la clause compromissoire est largement admise.

En droit du travail, la clause compromissoire reste en principe nulle, que ce soit dans l'ordre interne ou international. « *La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »¹⁷⁹. La jurisprudence *Jaguar* pourrait paraître incohérente au regard de cette solution pour le droit du travail en matière internationale. La Chambre sociale s'oppose avec la Chambre civile, et refuse en effet d'écarter l'application de l'article L 511-1 du Code du travail. Mais cet article est applicable dès lors que l'employeur est en France même si le salarié de nationalité étrangère exerce son activité à l'étranger et depuis l'arrêt de 1999, la jurisprudence a substitué l'inopposabilité à la nullité. Selon le

176Cl.-J. Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, Veuve Brunet, 1734. (références provenant de B. Mallet-Bricout, « arbitrage et droit de la famille », droit et patrimoine, n°104, mai 2002.

177Cass.civ2 ; 25 janvier 1963, JCP éd. G 1964, II, 13472, obs. P.L.

178Cass.civ1re, 5 juin 1973, Bull.civ.I, n°192.

179Cass.soc., 16 février 1999, JCP E 1999.1685, note Coursier; Gaz. Pal. 1Er, 2 mars 2000, somm., obs. Niboyet; Rev.crit. DIP 1999, 745, note Jault-Seseke.

rapport de la Cour de cassation de 1999¹⁸⁰, « *l'évolution des relations contractuelles de travail (...) commande une certaine souplesse dans la mise en oeuvre des règles protectrices du salarié. Ce dernier pourra, sur le fondement de la clause compromissoire insérée dans son contrat de travail international, accepter le recours à l'arbitrage en renonçant à se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire s'il estime que la clause compromissoire est conforme à son intérêt* ». Dès lors, on ne peut plus parler d'inarbitrabilité des litiges de droit du travail. Si dans cette matière, la souplesse est obtenue en usant de l'inopposabilité, en droit de la consommation en revanche, la souplesse peut être obtenue grâce à la législation sur les clauses abusives. Les deux solutions ne paraissent donc pas contradictoires.

2 – propositions pour faciliter la réalisation d'une procédure d'arbitrage :

Le tollé suscité par les jurisprudences *Jaguar* et *Dame Rado*, même si elles étaient interprétées restrictivement comme conférant à l'arbitre la question de l'arbitrabilité du droit de la consommation sans la résoudre¹⁸¹, suppose d'entendre les arguments opposés à une telle arbitrabilité. Certains sont *de facto* irrecevables, alors que d'autres paraissent incontestables. En effet, une procédure longtemps réservée aux seuls commerçants ne peut pas être adaptée. Mais les exemples du droit comparé illustrent l'adaptation possible de l'arbitrage.

a) étude critique de l'arbitrage :

Il serait faux de croire que les arbitres sont indifférents à la protection des consommateurs. Selon certains, en effet, l'arbitrage, justice privée, privilégierait la force obligatoire du contrat à la protection de la partie la plus faible. Cet argument a beaucoup été défendu par les juristes de pays en voie de développement qui ont soutenu, après la décolonisation, que l'arbitrage était un instrument d'oppression du faible par le fort. La satire de l'arbitrage faite par D. Bredin¹⁸² conforte cette idée : à propos de l'arbitrage d'un litige opposant un paradis fiscal à un pays du Tiers Monde débiteur d'une créance qu'il ne pouvait raisonnablement payer, les arbitres chargés de statuer en équité se querellent à propos de la définition de l'équité. L'arbitre Marchand et l'arbitre Savant s'accordent pour conserver la force obligatoire du contrat et ne prévoir qu'un report des échéances, alors que l'arbitre Sage regrette que « *lorsque le droit cède la place à l'équité, il revien(ne) déguisé en ordre public international* », l'ordre public international ne souffrant pas que le contrat soit déchiré, Dieu

¹⁸⁰Rapp. C.cass.1999,p.328.

¹⁸¹Et non comme réglant la question de l'arbitrabilité selon une règle matérielle éludant les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil, et conférant seulement aux arbitres la tâche de vérifier la validité de la clause compromissoire selon la législation sur les clauses abusives intervenant comme loi de police.

¹⁸²D. Bredin, « à la recherche de l'*aequitas mercatoria* », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.109.

seul remettant les dettes... Doit-on craindre que l'arbitre privilégie la force obligatoire du contrat en dépit du droit de la consommation dérogoratoire du droit commun, et donc dérogoratoire du principe de force obligatoire des conventions dans une certaine mesure?

Le statut du droit de la consommation dépend du pouvoir conféré aux arbitres par les parties, car les arbitres sont avant tout des juges chargés d'appliquer les règles de droit. S'ils doivent statuer conformément aux règles de droit, ils sont tenus, à peine de nullité de la sentence, d'appliquer le droit de la consommation, car en compromettant, les parties n'ont pas renoncé à la protection que leur confère ce droit. Même si les arbitres sont investis de la mission de statuer en amiables compositeurs, ce qui suppose que le consommateur ait retrouvé la libre disponibilité de ses droits avant de souscrire à l'amiable composition, ils sont tenus de respecter les règles d'ordre public et les lois de police du for que les parties ne peuvent pas elles-mêmes écarter. Aucune raison ne justifie que le tribunal ait un parti pris pour le professionnel dans la mesure où sa composition est paritaire, les associations de consommateur pouvant être un relais efficace pour proposer des listes d'arbitres compétents et sûrs.

Si les contrôles des juges étatiques sont des garanties du respect du droit de la consommation ou du moins des règles d'ordre public par l'arbitre, encore faut-il que ces contrôles se réalisent. On distingue en matière internationale le recours en annulation contre la sentence et la demande d'exequatur. Cependant, il peut arriver que certains litiges soient réglés sans qu'aucune demande d'exequatur ou aucun recours en annulation ne soient possibles dans l'État de résidence du consommateur. Dans l'affaire *Dame Rado* par exemple, la sentence était destinée à être rendue aux États-Unis et à être exécutée dans ce pays. Le recours en annulation devant une juridiction française était irrecevable, la sentence n'étant pas rendue en France, et le contrôle lors de la demande d'exequatur illusoire puisque l'exécution n'aurait pas lieu en France et une inopposabilité de la sentence obtenue en France ne produirait aucun effet aux États-Unis. En réalité, cette question paraît plus liée à la localisation de l'arbitrage qu'à la question de l'applicabilité des règles protectrices du consommateur par l'arbitre. Il suffit en effet que l'arbitrage ait lieu dans le pays de résidence du consommateur pour que le recours en annulation se fasse devant les juridictions de son pays. Partant, il est assuré du contrôle des juges de son pays quant à l'application par les arbitres des règles d'ordre public international ou du moins des lois de police, comme la législation sur les clauses abusives pour les consommateurs de la Communauté européenne. Mais on peut craindre effectivement l'application de principes tirés du droit matériel de l'arbitrage commercial international comme le principe de validité de la clause de référence sans formalisme.

Les vrais arguments à discuter sont donc relatifs au coût et au lieu de réalisation de l'arbitrage. Pour C. Jarrosson, « *en matière de litige de la consommation, le jeu n'en vaut pas la*

chandelle »¹⁸³. Pour ces raisons, on peut craindre que le consommateur renonce à faire valoir ses droits. Il s'agit là du véritable effet dissuasif des clauses compromissaires. Toutefois, si le coût des litiges en droit des affaires est élevé, il reste justifié par la complexité des dossiers et des expertises. Le droit de la consommation ne présente pas les mêmes traits, et le droit comparé le démontre. Les expertises sont plus aisées, et l'organisation de l'arbitrage peut être adaptée pour atteindre un moindre coût. En revanche, et surtout en matière internationale, la clause d'arbitrage peut délocaliser abusivement l'arbitrage. Les conséquences préjudiciables au consommateur quant au coût et au contrôle de la sentence par les juridictions de l'État de résidence du consommateur demeurent certaines, mais peuvent être restreintes grâce à l'adaptation de la procédure.

b) adaptations envisageables :

En prenant exemple sur les procédures d'arbitrage en droit de la consommation organisées par des systèmes étrangers, qu'elles soient privées ou publiques, et en tenant compte des critiques recevables à l'encontre de l'arbitrabilité des litiges de droit de la consommation en France, plusieurs critères apparaissent essentiels pour assurer l'efficacité d'une telle procédure. Dans un article de 1978¹⁸⁴, H. Van Houtte en distinguait huit. Toutefois, certains comme l'organisation d'une institution unique pour tous les litiges de droit de la consommation, apparaissent logiques dans un « petit pays comme la Belgique » selon les mots de l'auteur, mais difficilement réalisables en France.

Certains éléments de fait sont tellement techniques que seul le recours à un expert permet de les apprécier. Ce recours est justement à l'origine de la lenteur et du coût des procédures devant les juridictions étatiques. Grâce à l'arbitrage, il serait envisageable que cet expert siège comme membre du tribunal, et son rapport, moins formaliste, réaliserait à la fois une économie de temps et d'argent. Mais l'aspect juridique ne doit pas être oublié, ce qui devrait interdire la désignation exclusive d'experts comme arbitres : « *l'approche et l'instruction juridiques de la cause exigent en effet qu'un juriste soit chargé de la direction du tribunal arbitral* »¹⁸⁵. Même la mission d'amiable compositeur requiert la présence d'un juriste pour veiller à l'équité de la procédure et de la sentence.

Pour que l'impartialité soit assurée, encore faut-il que les experts n'aient pas acquis leur expérience uniquement dans le secteur professionnel du commerçant-partie au litige. Par conséquent, doivent siéger en nombre égal à celui des arbitres issus du secteur professionnel, des arbitres issus du milieu des associations de consommateur. Le tribunal arbitral serait ainsi composé d'un arbitre expert désigné par le professionnel, d'un arbitre désigné par le consommateur grâce à

183Rev.arb., 1996,781. Expression déjà utilisée par H. Van Houtte, « consommateur et arbitrage », Rev.arb. 1978,197.

184H. Van Houtte, « consommateur et arbitrage », art.préc.

185Art.préc.

une liste dressée par les associations de consommateur, et d'un juriste désigné par ces deux arbitres pour présider.

L'accès à l'institution doit être aisé pour le consommateur. Pour les litiges internationaux, la clause devrait en toute logique prévoir un arbitrage dans le pays de résidence du consommateur, ce qui tout en réduisant les coûts de transport et les frais de traduction, permettrait d'assurer la possibilité d'un recours en annulation devant les juridictions étatiques du pays du consommateur. Le caractère écrit de la procédure à l'image de l'arbitrage dans le secteur automobile aux États-Unis faciliterait en outre le dépôt des demandes, et allierait la rapidité du traitement avec le moindre coût de la procédure.

Le consommateur pourrait être orienté grâce aux associations de consommateurs, qui, tout en indiquant la démarche à suivre grâce à un travail en collaboration avec l'institution, pourraient aider à la préparation et à la présentation de l'argumentation, sans que le recours à un avocat rémunéré aux frais du consommateur soit nécessaire. En outre, le juriste siégeant comme arbitre pourrait aider à mener cette argumentation conformément au droit, en participant au débat et posant les questions pertinentes pour compléter une demande lacunaire.

H. Van Houtte propose le contrôle complet par une seconde instance chargée d'entériner la sentence arbitrale pour qu'elle ait force exécutoire. L'organisation de la procédure sous l'égide d'une antenne de la CCI spécialisée dans les litiges de consommation, à l'image de celle créée par l'AAA aux États-Unis, serait envisageable. Mais on peut craindre un effet dilatoire.

Enfin, le recours à une telle procédure doit rester volontaire. Sous la forme d'une clause compromissoire dont le caractère non abusif serait apprécié par les arbitres en vertu du principe de compétence-compétence, ou grâce à un compromis proposé après l'échec d'une procédure amiable ou d'une médiation, le recours à l'arbitrage conserverait ainsi son rôle d'alternative à la justice étatique. Pour assurer le succès de ce mode de règlement des litiges, encore faut-il en faciliter la publicité auprès des professionnels. L'effet concurrentiel grâce à l'imposition d'un logo comme en Espagne devrait convaincre ceux-ci¹⁸⁶.

¹⁸⁶On voit en effet l'importance, dans un autre registre, de certaines mentions comme la garantie du respect du commerce équitable, ou de la protection de l'environnement.

CONCLUSION :

En 1843, la crainte de l'abus de puissance d'une partie forte sur une partie faible justifiait l'hostilité du droit à l'égard de l'arbitrage en droit de la consommation. Ne peut-on pas envisager aujourd'hui que les rapports de force sont, sinon inversés, du moins rééquilibrés? Certes, l'existence d'un droit protecteur n'est pas une garantie contre son impuissance, à défaut de recours efficaces. Mais l'adaptation de l'arbitrage n'apparaît pas impossible. Son introduction progressive aux États-Unis, pays qui reste éminemment protecteur envers le consommateur, en est une illustration.

Si le droit interne en France semble un obstacle dirimant, la jurisprudence récente en matière internationale présente une ouverture certaine. Mais il paraît toutefois contestable de distinguer ainsi la situation du consommateur lorsque le contrat est international ou non. On remarque d'ailleurs que les exemples de droit comparé ont institué l'arbitrage des litiges de consommation d'abord en matière interne.

Enfin, l'organisation d'une procédure spécifique d'arbitrage en droit de la consommation risque indubitablement de dénaturer l'institution. Si l'arbitrage est organisé par les pouvoirs publics, alors il apparaîtra comme un mode complémentaire de règlement des litiges, et non plus comme un mode alternatif. Plutôt que de multiplier les procédures annexes dont le succès reste relatif¹⁸⁷, ne vaudrait-il pas mieux régler les problèmes des procédures existantes? Si l'arbitrage est organisé par des organismes privés sur la base du volontariat, son institutionnalisation risque au contraire de noyer une procédure dont l'efficacité et la rapidité souffrent de plus en plus des recours dilatoires. « *L'arbitrage perdrait sans doute de sa crédibilité à vouloir baigner toutes les terres* »¹⁸⁸.

Les faibles ont des problèmes mais les forts n'ont peut-être pas toujours les moyens de proposer la meilleure solution...

187L'exemple des « Boîtes postales 5000 » pour résoudre à l'amiable les litiges pour l'acquisition de biens ou l'utilisation de services en est une cinglante illustration.

188Ph. Delebecque, « arbitrage et droit de la consommation », art.préc.

INDEX ALPHABÉTIQUE :

Amiable compositeur.....	p.51
Arbitrabilité.....	p.13
Avocats	p.54
Clauses abusives.....	p.25
Clause attributive de juridiction.....	p.47
Clause compromissoire.....	p.12, 23
Commercialité (notion en droit international).....	p.28
Compétence-compétence (principe de).....	p.15, 21
Compromis.....	p.12
Confirmation.....	p.17
Conflits de lois.....	p.44
Conflits de juridictions.....	p.42
Contrat de travail.....	p.16, 25, 50
Convention de Rome du 19 juin 1980.....	p.44
Consommateur (définition)	p.4
Droit communautaire.....	p.40
Droits disponibles.....	p.16
Exequatur.....	p.52
Experts.....	p.53
International (définition)	p.13
Juridictions étatiques.....	p.41
Lois de police.....	p.29, 44, 52
Médiation, Conciliation.....	p.48
Ordre public.....	p.15, 21, 52
– de direction.....	p.19
– de protection.....	p.17
Ordre public international.....	p.20
Prestation caractéristique.....	p.44
Recours en annulation.....	p.52
Règlement de Bruxelles I.....	p.42
Renonciation.....	p.27
Tribunal arbitral (composition).....	p.53

BIBLIOGRAPHIE PRINCIPALE ¹⁸⁹:

MANUELS :

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.

J. M. Mousseron, J. Raynard, R. Fabre, J. L. Pierre, Droit international de l'entreprise, 3^e éd., Litec.

Calais Auloy, Steinmetz, Droit de la consommation, 4^e éd., Dalloz.

THESES :

G. Couturier, La confirmation des actes nuls, LGDJ, 1972, pp. 255 et s.

E. Loquin, L'amiable compositeur en droit comparé et international, Litec 1980, pp. 253 et s.

B. Fauvarque-Cosson, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, 1996, n° 20 et s.

J. B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999.

H. Bureau, Le droit de la consommation transfrontière, Litec 1999.

DOCTRINE :

Ph. Fouchard, « La clause compromissoire dans un acte mixte », Rev. Arb., 1971, 3.

V. H. Van Houtte, « consommateur et arbitrage », Rev. arb., 1978, 197.

Ch. Jarrosson, « La clause compromissoire », Rev. arb., 1992, 259.

Conférence européenne de Lisbonne, 21-23 mai 1992, « L'accès des Consommateurs à la Justice », Instituto do consumidor éd. 1994.

B. Oppetit, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », JDI. 1993.811

E. Loquin, « L'étrange régime de la nullité de la clause compromissoire dans un acte mixte », Rev. trim. Dr. Com., 1994, 700.

J. D. Bredin, « A la recherche de l'aequitas mercatorium », in Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 109.

Ph. Fouchard, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », Rev. Arb., 1995, n°1, p.147

E. Loquin, « L'ordre public et l'arbitrage de droit interne français », Rev. trim. Dr. Com., 1996, 450.

E. Loquin, « arbitrabilité des litiges en droit de la consommation », in Vers un Code européen de la consommation, Bruxelles, Bruylant, 1998

Ph. Fouchard, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », Rev. arb., 2001, 397.

B. Moreau et L. Degos, « La clause compromissoire réhabilitée, chronique d'une réforme annoncée », Gaz. Pal., 13-14 juin 2001, p. 6.

Ch. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP éd.

¹⁸⁹Plusieurs articles ont été cités tout au long du mémoire, mais n'étant pas exclusivement liés au thème, leurs références ne sont pas reproduites dans cette bibliographie.

G 2001, I, n° 333

Rép. Min. 31/01/2002, Rev. Arb. 2002.241, obs. Ph. Fouchard

Th. Clay, Dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », volet I, Droit & Patrimoine, n° 104, mai 2002, p. 39-83 ; Ph. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation », p. 46-51 ; J. M. Olivier, « Arbitrage et droit du travail »; B. Mallet-Bricout, « Arbitrage et droit de la famille » ; N. Retail-Maupin, « Arbitrage et bail ».

J. Béguin, J. Ortscheidt, Ch. Seraglini, JCP G. 2004, I, 179.

J. Béguin, J. Ortscheidt, Ch. Seraglini, JCP G. 2005, I, 134.

S. Bollée, « Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges », rev. arb., 2005, 225.

C. Jallamion, « Arbitrage et pouvoirs politiques en France du XIIe au XIXe siècle », Rev. arb., 2005, 3.

JURISPRUDENCE :

Cass. civ., 10 juillet 1843, S. 1843, 1, p. 561, note Devilleneuve et concl. contraires av. gén. Hello ; Rev. arb. 1992, p. 399, concl. contraires av. gén. Hello, et obs. Ch. Jarrosson, p. 259.

Paris, 14 mars 1989, Rev. arb., 1991, 355, obs. J. H. Moitry.

Paris, 19 mai 1993, Rev. arb., 1993, 645, note Ch. Jarrosson.

Arrêt Labinal, Paris, 19 mai 1993, JDI, 1993, 957, note Idot.

Arrêt Bomar Oil II, civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, Rev. arb., 1994, 108, note C. Kessedjian ; JDI, 1994, 690, note E. Loquin.

Paris, 7 décembre 1994, Rev. arb., 1996, 67, note C. Jarrosson ; D. 1995 somm. 318, obs. J. P. Pizzio.

Paris, 13 juin 1996, JDI, 151, note E. Loquin.

Paris, 28 novembre 1996, Rev. arb., 1997, 380.

Arrêt V 2000 (Jaguar France), civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Rev. arb., 1997, 4, note E. Gaillard ; RTD com., 1998.330, obs. E. Loquin ; RJDA, 1997, 887 ; contrats, concurrence, consommation, 1997, n° 143, obs. Leveneur ; B. I., n°159, p. 107

Cass. com. 10 juin 1997, D. 1998.2, note F. Labarthe et F. Jault-Seseke.

Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, JDI 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

Trib. Gr. Inst. Paris, ord. Réf., 8 octobre 2002, D., 2003.1928, note B. Moreau et S. Sihvola.

Paris, 9 décembre 2003, Rev. arb., 2004, 641, note D. Bureau.

Trib. Com. Paris, 17 février 2004, en somm. in Rev. arb., 2004, 451.

Orléans, 18 mars 2004, Rev. arb., 2004, 391, note D. Bureau.

Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, Bull. civ. I, n°97 ; RTD com. 2004.447, obs. E. Loquin ; D., 2004.2458, note I. Najjar ; Rev. arb., 2005, 115, note X. Boucobza.

DROIT COMPARE :

Mac Conagle, arbitration of consumer disputes, *The arbitration journal*, 27, June 1972, 65-84.

R. Widdows, consumer arbitration as a dispute resolution mechanism in customer-seller disputes over automobile purchase, *The arbitration journal*, march 1987, 17.

J.-T. Mc Laughlin, Arbitrability : current trends in the United States, *Arb. Int.*, 1996, 113 et s.

A. Kirry, Arbitrability : current trends in Europe, *Arb. Int.*, 1996, 373 et s.

V. V. Veeder, *Chronique de jurisprudence anglaise*, *Rev. arb.* 1999, 167.

K. Yamamoto, La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage, *Rev. arb.* 2004, 829.

M. Maisonneuve, Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability, *Rev. arb.*, 2005, 101.