

L'EXCEPTION AU PRINCIPE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE DANS LES LITIGES INTERNATIONAUX DE CONSOMMATION

par Daniel Mainguy

Professeur à la faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, UMR 5815 « Dynamiques du droit », directeur du Centre de droit de la consommation et du marché

Civ. 1^{re}, 30 septembre 2020, n° 18-19.241, FS-P+B

« L'article 6, § 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dispose : "Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives". Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13/CEE assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public (CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-51/17, *OTP Bank et OTP Faktoring*, pt 89). Compte tenu, également, de la nature et de l'importance de l'intérêt public que constitue la protection des consommateurs, la directive 93/13/CEE impose aux États membres, ainsi que cela ressort de son article 7, § 1, lu en combinaison avec son vingt-quatrième considérant, de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel (CJUE, 30 avr. 2014, aff. C-26/13, *Kásler et Káslerné Rábai*, pt 78 ; 21 déc. 2016, aff. C-154/15, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, pt 5. Au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir aux consommateurs un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13/CEE (CJUE, 21 avr. 2016, aff. C-377/14, *Radlinger et Radlingerová*, pt 46). Selon la Cour de justice, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 24 ; 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Preston e.a.*, pt 31 ; 19 sept. 2006, aff. C-392/04, *Germany et Arcor*, pt 57). Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder. Dès lors, la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur. »

Observations : 1. Comment traiter l'arbitrage, international notamment, en matière de litiges de consommation ? L'arrêt *Prunier*, déjà, en 1843, fu-

reste pour l'arbitrage, concernait un litige portant sur un contrat entre un assuré et une compagnie d'assurances contenant une clause compromissoire. Depuis l'élargissement constant des limites de l'autonomie des conventions d'arbitrage, le renforcement du principe compétence-compétence s'est étendu aux litiges de consommation comme l'arrêt *Zanzi* en 1999 en avait fait la démonstration¹, entre les arrêts *Jaguar* en 1997 et *Rado* en 2004². La contradiction tendue entre ces deux logiques, relativement aux « parties faibles » en général et aux consommateurs en particulier, imposait, sans doute, une réponse articulée et intelligente, qui ne confine pas à une radicalité qui aurait été, en toute hypothèse, simplement française, mais répondant à la question de l'exclusivité du principe compétence-compétence. C'est sans

(1) Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n°96-21.430, *Zanzi*, D. 1999. 31 ; Rev. crit. DIP 1999. 546, note D. Bureau ; RTD com. 1999. 380, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

(2) Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-11.427, *Jaguar*, Rev. crit. DIP 1998. 87, note V. Heuzé ; RTD com. 1998. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; Rev. arb. 1997. 537, note E. Gaillard ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, D. 2004. 2458, note I. Najjar ; ibid. 2005. 3050, obs. T. Clay ; RTD com. 2004. 447, obs. E. Loquin ; JCP G 2004, I, 134, n°3, obs. Ch. Seraglini ; Rev. arb. 2005, p. 125, note X. Boucobza.

doute le résultat produit par l'arrêt *PXC* du 30 septembre 2020 ici commenté³.

2. Les faits sont *a priori* assez simples : Albert Lefebvre décède en Espagne en 2008, laissant une fille et un fils, ainsi que deux petits-enfants et désigne un notaire comme exécuteur testamentaire. L'héritière, constatant que son frère a dilapidé la fortune familiale, sous les yeux endormis du notaire, engage et conclut un contrat d'assistance et de conseil avec la société PWC Landwell PriceWaterhouseCoopers Tax & legal inscrite en Espagne afin d'obtenir des conseils sur la gestion de la succession de son père, s'agissant de ses biens en Espagne. Elle engageait alors une action devant le tribunal de grande instance de Nanterre contre son frère et le notaire en 2014, puis, devant le même tribunal, la société d'avocats espagnole PWC. Les deux contrats conclus avec cette dernière contenaient une clause compromissoire, de sorte que le cabinet espagnol déclinait la compétence de ce tribunal au profit d'un tribunal arbitral à constituer et, subsidiairement, celle des compétences judiciaires.

Or la cour d'appel de Versailles avait, le 15 février 2018, écarté le jeu de la clause compromissoire pour retenir la compétence du juge étatique, considérant les clauses compromissoires comme des clauses abusives au sens de l'article 6, § 1, de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation, et, ce faisant, appliquant la règle de l'article 1448 du code de procédure civile auquel renvoie l'article 1506 en matière d'arbitrage international, permettant d'écarter une convention d'arbitrage manifestement nulle ou inapplicable. Ce faisant, la cour d'appel écartait le principe « compétence-compétence », sur le fondement du caractère abusif de la clause, élargissant ainsi de manière assez considérable les conditions d'application de cet article 1448.

Rappelons en effet que l'article 1448 du code de procédure civile révèle l'effet négatif du principe compétence-compétence qui implique qu'une partie, ici un consommateur, doit saisir le tribunal arbitral afin de démontrer l'incompétence de celui-ci en raison du caractère abusif de la convention. Le principe compétence-compétence français suppose en effet qu'une partie qui entend contester la validité, l'efficacité ou le périmètre d'une convention d'arbitrage, doit le présenter de manière prioritaire devant le tribunal arbitral (C. pr. civ., art. 1465, effet positif), de telle manière que le juge qui serait saisi en dépit de cette clause devrait se déclarer incompétent au profit d'un tribunal arbitral constitué ou à constituer (effet négatif). À moins, donc, que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi (par le professionnel) et que le juge saisi reconnaisse l'application de l'article 1448 du code de procédure civile. Or le caractère éventuellement abusif d'une clause compromissoire ne figure pas, *a priori*, dans la formule « manifestement nulle ou manifestement inapplicable », notamment à la suite de l'arrêt *Zanzi*⁴ ou des arrêts *Jaguar* et *Rado*⁵. La question posée ici est donc de savoir si le caractère abusif d'une convention d'arbitrage, notamment dans les secteurs du droit de la consommation ou du droit du travail, participent de l'énumération de l'article 1448, de telle manière que le juge étatique serait habile pour réaliser cet examen. La difficulté tient au fait que l'office du juge en la matière est limité à un examen *prima facie*, c'est-à-dire que la convention d'arbitrage existe, qu'elle respecte les canons élémentaires de validité ou d'efficacité⁶.

3. Le pourvoi, diligenté par PWC, faisait précisément état de cette situation, outre la discussion sur le caractère abusif ou non de la clause compromissoire. Ce point est, ici, accessoire mais mérite considération. PWC considérait que la clause avait fait l'objet d'une négociation individuelle, alors que la cour d'appel la considérait comme une clause standardisée et pré-rédigée, identique à celle contenue dans ses conditions générales, ce que confirme, factuellement, la Cour de cassation. Il évoquait également l'incompétence des juridictions françaises en application de l'article 17, 1, c) du règlement (UE) n° 2015/2012 du 12 décembre 2012, dit Bruxelles 1 bis. La Cour de cassation a cependant fait application de l'article

18 de ce règlement concernant l'option de compétence, en cas d'action intentée par un consommateur contre l'autre partie, ou bien la juridiction de l'État membre de l'autre partie, ou bien le juge du domicile du consommateur.

C'est cependant le premier moyen qui mérite une attention particulière en ce qu'il met en œuvre la question du principe compétence-compétence en relation avec le caractère abusif d'une clause compromissoire. Pour la Cour, reprenant les termes de l'article 6, § 1, de la directive précitée du 5 avril 1993 qui dispose que « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Elle en conclut, par une longue démonstration technique que « 8. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public [arrêt du 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, C-51/17, point 89]. 9. Compte tenu, également, de la nature et de l'importance de l'intérêt public que constitue la protection des consommateurs, la directive 93/13 impose aux États membres, ainsi que cela ressort de son article 7, § 1, lu en combinaison avec son vingt-quatrième considérant, de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel [arrêts du 30 avril 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, C-26/13, point 78, ainsi que du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e.a.*, C-154/15, C-307/15 et C-308/15, point 56]. 10. Au nombre des moyens adéquats et efficaces devant garantir aux consommateurs un droit à un recours effectif doit figurer la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13 [arrêt du 21 avril 2016, *Radlinger et Radlingerová*, C-377/14, point 46]. 11. Selon la Cour de justice, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires

(3) Civ. 1^{re}, 30 sept. 2020, n°18-19.241, D. 2020. 1949 ; D. actu. 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès.

(4) Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-21.430, *Zanzi*, préc.

(5) Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Jaguar*, préc. ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, préc.

(6) Comp. E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Mélanges J.-F. Poudret*, Faculté de droit de Université de Lausanne, 1999, p. 387 ; M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013.

de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) (CJCE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, pt 24, CJCE 16 mai 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, pt 31, et 19 sept. 2006, *Germany et Arcor*, C-392/04 et C-422/04, pt 57). 12. Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant

d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 13. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder. 14. Dès lors, la cour d'appel qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissoire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur ».

C'est donc une réponse qui va, bien au-delà d'une pétition de principe en faveur de l'autorité des règles de protection des consommateurs (1^{re} partie), vers la question de la portée du principe compétence-compétence dans un arbitrage de consommation (2^e partie).

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est en effet celui de l'efficacité de la protection du consommateur, de son droit à un recours effectif et donc de la priorité accordée à l'article 1448 du code de procédure civile, notamment à l'aune de la réforme de l'article 2061 du code civil, depuis 2016

consommateur, de son droit à un recours effectif et donc de la priorité accordée à l'article 1448 du code de procédure civile, notamment à l'aune de la réforme de l'article 2061 du code civil, depuis 2016.

Le droit existant avant cet arrêt était, en effet, quoique assez complexe pour la compréhension du consommateur, distingué selon que l'arbitrage était interne ou, surtout, international. L'article 2061 du code civil pose, en effet, depuis la loi du 18 novembre 2016⁷, un principe de validité universelle des clauses compromissoires, avec une réserve d'opposabilité offerte au contractant non professionnel. En d'autres termes, il suffit qu'une convention d'arbitrage soit régulièrement convenue pour être, sans autre condition, valable. En revanche, le non-professionnel, ici le consommateur, dispose d'une option de compétence présentée sous forme d'opposabilité de la clause. Celle-ci est en effet considérée comme inopposable au non-professionnel. Il dispose donc de la faculté de ne pas relever cette inopposabilité, par exemple dans un contrat de travail, d'un bail, d'une société civile, ou d'un contrat de consommation. Il s'agissait là de l'achèvement de l'évolution de la validité des clauses compromissoires. Si, en effet, jusqu'en 2001, les clauses compromissoires étaient interdites sauf en matière commerciale, en matière interne, elles étaient valables par principe dans un contrat international, mettant en jeu

les intérêts du commerce international, et ce depuis les arrêts *Mardelé* et *Dambriecourt* en 1930 et 1931⁸, voire indépendamment de toute condition de commercialité depuis l'arrêt *Zanzi* de 1999, mais également les arrêts *Jaguar* et *Rado*. Dans l'affaire *Zanzi*, en effet, une clause compromissoire était insérée dans un contrat international *civil* et la Cour de cassation, invoquant, pour l'écarter, l'article 2061, élargissait la portée de la jurisprudence *Mardelé*⁹, la validité de la clause compromissoire étant une règle matérielle de droit international. La loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) de 2001¹⁰ inversait le propos en proposant d'une validité de principe des clauses (en matière d'arbitrage interne) sous la condition qu'elles s'insèrent dans une « relation professionnelle », et la loi de 2016 parachevait l'évolution en proposant une validité de principe sans condition, sauf la réserve d'opposabilité.

5. Toutefois, le consommateur n'est pas n'importe quel non-professionnel mais une personne considérée comme objectivement « faible », pour reprendre la terminologie de Maximin de Fontmichel¹¹. Ainsi, l'article 212-1 du code de la consommation, complété par l'article R. 212-2, 10°, présume qu'une clause compromissoire est abusive, de sorte qu'aucune automaticité de l'écart de la clause ne s'impose, impliquant une appréciation au cas par cas, le professionnel devant apporter la preuve, de nature à renverser la présomption, du caractère non abusif de la clause. Depuis 2016, une difficulté supplémentaire surgit cependant : si le professionnel parvient à démontrer le caractère non abusif de la clause compromissoire, celle-ci est-elle encore inopposable au consommateur au sens de l'article 2061 nouveau du code civil, au motif qu'il n'est pas, en toute circonstance, un professionnel, ce qui ruinerait la portée de la présomption simple de caractère abusif du droit de la consommation. On saisit ici le lien inéluctable que cet ensemble entretient avec la question du principe compétence-compétence, selon qu'on décide que c'est au tribunal arbitral ou au juge étatique de traiter cette question, et le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause. Ce d'autant que, dans un arbitrage international, la jurisprudence *Zanzi* écarte le jeu de l'article 2061 du code civil au profit de la validité, en tant que règle matérielle de droit international, de la clause compromissoire. Dès lors, ne demeure que la présomption, simple, de l'article

L'autorité des règles du droit de la consommation en droit de l'arbitrage

4. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est en effet celui de l'efficacité de la protection du

(7) L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, JO 19 oct., art. 11.

(8) Civ. 19 févr. 1930, *Mardelé* : S. 1931. 1. 1, note J.-P. Niboyet ; Civ. 27 janv. 1931, *Dambriecourt*, Rev. crit. DIP 1931. 516.

(9) Comp. Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Jules Verne*, D. 2006. 1701 Rev. arb. 2006. 945, note E. Gaillard ; JDI 2006. 1384, note A. Mourre ; JCP 2006. I. 187, obs. C. Seraglini, dans lequel était en jeu la validité, au soutien de l'application de l'article 2061 du code civil, d'une clause compromissoire opposée à une copropriété de navire.

(10) L. n° 2001-420 du 15 mai 2001, JO 16 mai, art. 126.

(11) M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013 ; *adde* « Arbitrage et partie faible », JDI 2017. Doctr. 1, p. 1 ; C. Séragnini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », Gaz. Pal. 15 déc. 2007, p. 5.

R. 212-2, 10° du code de la consommation, alors que le principe compétence-compétence, pris dans son effet négatif, impose au consommateur de se soumettre à la convention d'arbitrage. Le raisonnement emprunte au droit européen de la consommation, tel qu'interprété par la Cour de justice. Ainsi, l'arrêt *Mostaza Claro* de 2016, cité par l'arrêt commenté¹², permet au consommateur qui n'a pas comparu devant le tribunal arbitral d'engager un recours où le juge serait tenu de relever d'office le moyen tiré du caractère abusif de la clause compromissoire, en raison du nécessaire contrôle du respect de l'ordre public et, quand bien même il aurait comparu, de soulever devant le juge de l'annulation le caractère abusif de la clause, à supposer qu'il le soit effectivement. Si, donc, la protection du consommateur face à un arbitrage interne est globalement bien assurée, en ce que celui-ci n'est pas tenu de se présenter devant un tribunal arbitral, soit sur le fondement de l'article R. 212-2, 10° du code de la consommation, soit sur celui de l'article 2061 du code civil, la situation d'un consommateur partie à un contrat international comportant une clause compromissoire est nettement plus fragile.

L'arbitrage de consommation et le principe compétence-compétence

6. En ce domaine, l'arrêt commenté illustre une difficulté majeure. Si, en effet, une clause d'arbitrage est, par principe, valable au-delà de l'article 2061 du code civil, c'est-à-dire en toutes circonstances et sans possibilité d'invoquer son inopposabilité au professionnel, et si la clause est manifestement valable et applicable, au sens de l'article 1448 du code de procédure civile, alors l'effet négatif du principe compétence-compétence implique que le consommateur doive saisir le tribunal arbitral afin de démontrer l'incompétence de celui-ci en raison du caractère abusif de la convention.

Le principe compétence-compétence français suppose en effet qu'une partie qui entend contester la validité, l'efficacité ou le périmètre d'une convention d'arbitrage, doive le présenter de manière prioritaire devant le tribunal arbitral (effet positif), de telle manière que le juge qui serait saisi en dépit de cette clause devrait se déclarer incompétent au profit d'un tribunal arbitral constitué ou à constituer (effet négatif). À moins, donc, que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi (par le professionnel) et que le juge saisi reconnaisse l'application de l'article 1448 du code de procédure civile. Il suffirait donc au professionnel de saisir le tribunal arbitral pour que le juge doive se déclarer incompétent. Or, si la clause compromissoire est présumée, simplement, être une clause abusive, il n'en résulte donc pas qu'elle soit « manifestement » nulle ou inapplicable (parce que réputée non écrite). Conclusion, le consommateur devrait systématiquement se présenter devant un tribunal arbitral pour que celui-ci constate son incompétence, y compris dans des situations dans lesquelles le caractère abusif de la clause serait assez évident, quoique non manifeste.

7. Il y a donc une forme de paradoxe, ou de contradiction, entre le fait que, substantiellement, il n'est guère délicat de repérer si une clause compromissoire est abusive (et la question vaut pour tous les autres cas voisins, comme en droit du travail et toutes les situations dans lesquelles une partie fait l'objet d'une protection juridique particulière), en sorte que le renversement de la présomption serait peu probable, tandis que, processuellement, cette situation ne relève pas d'une situation « manifeste ». Par conséquent, en matière internationale, et pour cette seule raison, il fau-

drait systématiquement constituer un tribunal arbitral pour que, au final, un juge soit saisi : débauche de temps et d'argent, évidemment de nature à dissuader les recours par les consommateurs. Or c'est un truisme de constater que l'internationalisation des échanges et des rapports juridiques dépasse et de loin les seules relations professionnelles et atteint les consommateurs à travers les contrats en ligne, bien au-delà des seules ventes en ligne, mais encore les contrats de travail, d'assurance, de bail, voire de santé.

8. Plusieurs situations renforcent alors cet effet de paradoxe. En premier lieu, la plupart de ces contrats (et pas seulement avec une partie dite « faible ») sont des contrats sinon d'adhésion, du moins des contrats peu discutés, voire peu lus, de sorte qu'une clause compromissoire peut s'y développer sans même que les parties s'en soient réellement rendu compte. En deuxième lieu, il est très probable que le professionnel concluant de tels contrats choisisse une loi applicable qui lui soit favorable. Cette loi élue peut, par exemple pour des contrats conclus dans l'espace européen, être assez proche de celle dont le consommateur, européen ou français, aurait bénéficié, mais le principe d'autonomie, associé au fait que nombre de ces contrats peuvent être conclus avec des professionnels extra-européens,

disons américains ou chinois, permet de choisir une loi très différente, et bien moins protectrice des consommateurs. Il est donc possible d'insérer une clause compromissoire prévoyant un siège très éloigné et une loi exotique pour le consommateur, notamment en ce qu'elle ne connaîtrait pas d'équivalent à celui des articles L. 212-1 et R. 212-2, 10° du code de la consommation (ou d'une autre loi de protection de parties dites faibles). S'ajoute, en

troisième lieu, le coût d'un arbitrage international, dont le consommateur n'imagine pas l'ampleur et la déconnexion probable avec l'enjeu du litige et, enfin, le fait que les lois de protection en question relèvent de l'ordre public interne, mais sans doute pas d'une conception, par exemple française, d'un ordre public international¹³, ni d'une loi de police (dont la nature devrait en toute hypothèse être démontrée à l'arbitre).

La plupart de ces contrats (et pas seulement avec une partie dite « faible ») sont des contrats sinon d'adhésion, du moins des contrats peu discutés, voire peu lus, de sorte qu'une clause compromissoire peut s'y développer

[12] CJCE 26 oct. 2006, aff. C-168/05, D. 2006. 2910, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 3026, obs. T. Clay ; *ibid.* 2007. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 633, obs. P. Théry ; Rev. arb. 2007. 109, note L. Idot ; JDI 2007. 581, note A. Mourre ; JCP 2007. I. 168, n° 1, obs. C. Séragliani. En l'espèce, il s'agissait d'un consommateur espagnol ayant conclu un contrat d'abonnement téléphonique contenant une clause compromissoire. Averti de la possibilité de contester la compétence du tribunal arbitral, il avait choisi d'y participer, sans contester, selon la loi espagnole, similaire à la loi française sur ce point, la compétence du tribunal arbitral devant lui.

[13] Comp. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n°s 95-11.429 et 95-11.427, *Jaguar*, préc. ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*, préc., où la Cour avait retenu le renvoi devant l'arbitre du consommateur qui avait saisi le juge français au fond en invoquant cependant la nullité manifeste de la clause compromissoire : « La clause devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ».

On se trouve donc typiquement dans une situation où la règle de droit devient un outil de *lawfare*, une arme juridique dont l'effet est de décourager, voire d'annihiler, tout recours. Acceptable s'il s'agit de protéger des intérêts nationaux, elle devient très discutable lorsque la règle française aboutit à contraindre des intérêts de consommateurs français pour protéger des intérêts non français. Ce d'autant qu'il n'existe pas de solution arbitrale efficace, à même d'identifier un règlement d'arbitrage en mesure de résoudre les litiges de consommation, à faible, voire très faible, coût.

En même temps, un certain nombre de situations font obstacle à une réponse radicalement inverse, qui interdirait les clauses compromissaires dans ce type de situation. Par exemple, il n'est pas toujours aisé de savoir si une personne, un commerçant personne physique, un professionnel libéral, mais également une personne ordinaire, comme notre héritière en l'espèce, effectue un acte comme consommateur, comme non-professionnel ou comme professionnel, notamment pour conclure un bail, ou bien un contrat avec un avocat.

9. On peut observer, en outre, que l'arrêt commenté n'évoque pas la loi applicable au contrat, ni l'application des articles L. 212-1 et R. 212-2, 10° du code de la consommation, et on peut d'ailleurs supposer qu'il s'agissait de la loi espagnole, ce qui explique sans doute le détour par la norme de source européenne, et par l'article 1448 du code de procédure civile.

Le détour par les normes européennes permet en effet d'aviver l'efficacité imposée pour la mise en œuvre des techniques de lutte contre les clauses abusives : la norme européenne, d'ordre public, est équivalente aux normes internes (pt 8), les États membres doivent prévoir des « moyens adéquats et efficaces » (pt 9), dont le droit à un recours effectif entendu ici comme ne pouvant être entravé par des conditions, en termes de délais et de coûts, qui créent des conditions procédurales déraisonnables (pt 10) et, enfin, la logique d'équivalence des situations procédurales (pt 11 renvoyant à l'arrêt *Mostaza Claro*).

10. Fort de ce point de départ, l'arrêt peut donc trancher le nœud gordien de l'affaire, concernant la portée de l'article 1448 du code de procédure civile. La solution retenue découle des exigences d'application, françaises et européennes, des techniques de lutte contre les clauses abusives : « 12. Il résulte de l'article 1448 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code, sauf si les parties n'en sont autrement convenues, que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la

convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. 13. La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder », ce dont il résulte alors que la cour d'appel « qui, après en avoir examiné l'applicabilité, en tenant compte de tous les éléments de droit et de fait nécessaires dont elle disposait, a écarté la clause compromissaire en raison de son caractère abusif, a, sans méconnaître les dispositions de l'article 1448 du code de procédure civile, accompli son office de juge étatique auquel il incombe d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire de protection du consommateur ».

11. La Cour de cassation rend ainsi une décision prudente et efficace sur une question extrêmement délicate. Est-ce un revirement de jurisprudence ? L'arrêt ne s'oppose qu'apparemment aux arrêts *Jaguar*, *Zanzi* et *Rado*. Il ne remet pas en question, par exemple, l'écart de l'article 2061 de l'arrêt *Zanzi* mais offre un coup d'arrêt aux solutions des arrêts *Jaguar* et *Rado* en tant qu'ils faisaient primer le principe compétence-compétence sur l'effet substantiel de l'invalidité d'une clause abusive.

La décision est prudente sur ce point : les articles 1448 et 1465 du code de procédure civile et le principe compétence-compétence qu'ils protègent sont en effet essentiels à l'efficacité, voire l'existence même de l'institution arbitrale. Il en va du respect de la convention d'arbitrage, de l'affirmation de son autonomie au regard du contrat qui en est le support et du mécanisme auquel il renvoie, de l'évitement des manœuvres dilatoires développées par celui qui s'oppose au traitement du litige, notamment par le contournement de celle-ci, tant s'agissant de l'effet positif qui établit une égalité de compétence entre arbitre et juge étatique, que négatif qui assure une priorité à l'arbitrage, du principe compétence-compétence, sur lequel se prononce l'arrêt et notamment la question de la « manifestement nulle ou inapplicable ». Or le défaut de la clause, ici, dans une situation où un tribunal n'avait pas été saisi, repose précisément sur les considérations relevant des obligations, pour le juge, de faire respecter l'ordre juridique, national et européen, consumériste¹⁴ afin de ne pas rendre impossible l'exercice du droit de faire valoir une clause abusive. L'arrêt va donc plus loin que le seul fait d'intégrer, dans un arbitrage international de consommation, la considération d'une clause « manifestement réputée non écrite » à la formule de l'article 1448 du code de procédure civile, mais implique un office du juge qui dépasse, et de loin, le seul contrôle *prima facie* que le droit de l'arbitrage lui accorde. Une alternative aurait pu consister en une reconsidération de la distinction opposée entre arbitrage, et donc contrat, interne et international. L'article 1504 du code civil retient une définition économique : est international l'arbitrage, ou le contrat, qui met en jeu les intérêts du commerce international. L'utilité d'une telle reconsidération serait d'éviter, précisément l'atteinte au principe compétence-compétence, notamment en matière d'arbitrage, véritablement, international, et de resituer l'application efficace de l'article 2061 du code civil¹⁵. Une autre alternative aurait pu consister à admettre que les règles du droit de la consommation constituent une loi de police¹⁶. Il nous semble cependant que, en l'état du droit, la solution retenue est très acceptable en ce qu'elle permet au juge du fond, sans se soumettre à une solution manichéenne, de faire la part des choses, entre les situations et les clauses qui méritent que le juge étatique puisse réaliser un examen plus complet de la validité de la clause, entre les « vrais » contrats de consommation et ceux qui seraient plus discutables, à la manière finalement, de celle retenue en droit civil avec le couple formé par les nouveaux articles 1110 et 1171 du code civil à propos des clauses déséquilibrées dans les contrats d'adhésion.

(14) V. *supra*, n° 5.

(15) Comp. C. Séraglini et J. Ordsheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, n° 30 ; J. Jourdan-Marqués, D. actu. 19 oct. 2020.

(16) Comp. C. Séraglini et J. Ordsheidt, *op. cit.*, n° 662.