

Introduction

« La moitié des Français considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge pour certaines affaires civiles, et près des trois quarts se disent d'accord sur le fait de ne recourir au juge de façon systématique que dans les cas les plus graves dans le domaine pénal »².

C'est par ce constat que s'ouvre le chapitre 2 de l'exposé des motifs de la Loi Justice XXI^e siècle (J21) intitulé « Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges ».

Ainsi le législateur souhaite-t-il, pour faire écho aux attentes des justiciables, apporter une nouvelle réponse aux litiges du quotidien. En effet, il n'est plus systématiquement fait appel à l'office du juge étatique, qui se révélait parfois très dissuasif à l'égard de celui qui souhaitait faire valoir ses droits, pour des raisons financières et de durée des procédures. Désormais, il est clairement fait état d'une volonté d'améliorer le système judiciaire en le modernisant, et cette modernisation passe par le recours à un tiers, autre que le juge étatique.

Ces modes alternatifs de règlement des litiges sont envisagés comme des outils venant palier certains inconvénients rencontrés lors d'une procédure devant le juge étatique, qui peuvent dissuader les justiciables d'entamer une action en justice. En effet, d'après une étude mandatée par le Ministère de la Justice datant de 2013³, 95% des français reprochent à la Justice étatique sa lenteur, et 90% estiment qu'entamer une action en justice représente un coût trop important. Force est de constater que ces deux reproches sont fondés en pratique, puisque selon le Ministère de la Justice, en 2016, 75% des affaires civiles portées devant le TGI se sont terminées en 8 mois, et ce chiffre s'élève à 17,8 mois pour les litiges portés devant la cour d'appel⁴. Parallèlement, une étude de 2011 montre que pour une entreprise, le coût moyen d'un procès devant les juridictions judiciaires s'élevait à 20.500€⁵.

Les modes alternatifs de règlement des litiges apportent donc une réponse relativement complète à ces problématiques, puisqu'ils sont moins onéreux (voir gratuits), et qu'ils dépendent pour la plus-part de la volonté des parties, ou d'un calendrier fixé avec leur concours qui correspondra donc à leurs attentes.

Il a ainsi été mis à disposition des justiciables plusieurs outils permettant le règlement extra-judiciaire des différends. La médiation et la conciliation sont définis comme tout processus

² Exposé des motifs, LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle

³ *L'opinion des français sur la Justice*, Infostat Justice, Janvier 2014

⁴ *Les chiffres clés de la justice 2016*, Ministère de la justice

⁵ Etude *Impact Assessment Study* – Commission européenne, 2011

structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.⁶ La transaction est pour sa part définie comme un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.⁷ L'arbitrage n'ayant pas été défini en tant que tel par le droit français, ni d'ailleurs par aucun droit étatique⁸ peut être défini comme « un mode de résolution des litiges par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent et qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger »⁹.

Il existe donc aujourd'hui plusieurs alternatives à la saisine du juge étatique, elles peuvent être amiables ou contentieuses, et emprunter une forme contractuelle et/ou juridictionnelle. Alors que la médiation et la conciliation sont des modes alternatifs au règlement des litiges qui empruntent une voie amiable, l'arbitrage est lui en principe contentieux. En effet, si le tiers médiateur ou conciliateur est chargé d'amener les parties vers un consensus émanant d'un travail commun, l'arbitre, sauf à être saisi en amiable compositeur par les parties, tranche le fond du litige au regard du droit positif de manière contentieuse. Il ne s'agit donc pas de contenter les parties, mais bien de répondre juridiquement à la problématique posée par le litige. Le tribunal arbitral à qui sera confié le règlement du litige exercera « *une mission duale* », puisque celui-ci sera saisi et tirera son pouvoir d'un contrat mais exercera une véritable mission juridictionnelle puisqu'il sera amené à imposer sa sentence qui aura autorité de chose jugée¹⁰. A l'inverse la transaction, si elle éteint le droit d'action relatif au droit litigieux, n'a pour sa part que la valeur d'un contrat puisqu'elle n'est qu'un accord entre les parties, qui pourra être dénoncé devant le juge comme n'importe quel contrat.

Si la sentence empêche la saisine du juge, elle n'a cependant pas *in se* la même valeur qu'une décision qui en émanerait. En effet, une sentence n'ayant force exécutoire avant d'avoir reçu l'*exequatur* par le juge, bien que les parties puissent l'exécuter d'elle mêmes, il leur sera impossible de procéder à une exécution forcée de celle-ci, et donc de contraindre la partie récalcitrante à la respecter sans appui du juge. Cela est justifié par le fait que la décision du

⁶ Article 1530, Code de procédure civile

⁷ Article 2044, Code civil

⁸ « *L'arbitrage n'a pas de définition légale* » Ch. JARROSSON

⁹ *Droit de l'arbitrage interne et international*, Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, Monchrestien 2012 p14.

¹⁰ Article 1484, Code de procédure civile

tribunal arbitral est totalement indépendante de la justice étatique, en principe souveraine et qu'il convient de demander l'aval du juge avant d'opérer des mesures coercitives envers la partie condamnée par un tiers.

L'arbitrage a donc pour intérêt d'offrir aux parties la possibilité de confier le règlement de leur litige à un tiers, qui sera en règle générale un spécialiste de la matière, ce qui peut avoir un effet rassurant, puisque certains magistrats peuvent ne pas avoir de formation très poussée dans certains domaines qu'ils seront amenés à traiter. Celui-ci tranchera en étant affranchi de certaines contraintes subies par le juge étatique comme la publicité à laquelle n'est pas tenu l'arbitre, ou des importants délais engendrés par la surabondance d'affaires auprès des juridictions civiles.

Ce sont ces trois aspects, spécificité, confidentialité et rapidité qui sont en partie responsables du fait que l'arbitrage est le mode de résolution privilégié des litiges du commerce international.

Souvent considéré comme une justice « de luxe » réservée aux « grosses entreprises », l'arbitrage ne fait pas exception à la dynamique empruntée par notre justice et plus largement par notre société, de démocratisation et d'adaptation à échelle plus modeste de pratiques et de standards considérées il y a encore quelques temps comme réservée à une élite, qu'elle soit financière, économique ou sociale. Si aujourd'hui un particulier peut pour se rendre à un rendez-vous, avoir recours aux services d'un chauffeur privé qui il y a encore peu de temps ne travaillait que pour des chefs d'entreprises, si ce même particulier peut durant son trajet effectuer des achats en ligne sur son ordinateur portable, qui il n'y a pas si longtemps encore était l'outil de travail des professionnels en déplacement, pourquoi ne pourrait-il pas bénéficier des mêmes outils juridiques cette fois-ci, pour régler un litige né de cet achat ? Pourquoi serait-il obligé, en tant que particulier, consommateur, d'être restreint par les voies ordinaires de la justice étatique, avec tout ce qu'elles comportent de contraignant et de dissuasif alors qu'il existe d'autres méthodes de règlement des litiges qui sont d'ailleurs parfois même déjà utilisées par son cocontractant professionnel dans ses rapports *business to business* ?

Il est vrai que le droit positif confie au juge la mission de protéger le consommateur, partie faible au sein de ce rapport de force objectivement déséquilibré qui l'oppose au professionnel. Mais à ce sujet, ce même droit positif a semblé atteint d'une relative schizophrénie puisque jusqu'il y a peu, une clause compromissoire était considérée comme valable lorsqu'elle était incluse dans une opération économique internationale entre un professionnel et un

consommateur¹¹, alors qu'elle n'était pas encore envisageable entre un consommateur et un professionnel en droit interne¹².

Au lendemain de la réforme de l'article 2061 du Code civil qui prohibait les clauses compromissoires dans les contrats de consommation, il reste à s'interroger sur la manière dont cet outil qu'est l'arbitrage peut être adapté à ce nouveau contentieux qui oppose consommateurs et professionnels, en conservant à l'esprit ce « *nécessaire équilibre entre les parties à l'arbitrage* » chère à Motulsky. Celui-là, bien qu'assuré d'un point de vue purement normatif par les règles du droit de la consommation, doit également l'être d'un point de vue procédural au cours de l'instance arbitrale.

Et si comme bien souvent la réponse venait du monde du numérique ? Alors que les actes de consommation se dématérialisent grâce à l'explosion du commerce en ligne, que 80% des français sont favorables à l'idée que la justice puisse s'appuyer sur l'outil numérique pour se moderniser¹³, pourquoi le contentieux né des rapports entre consommateur et commerçant ne pourrait-il pas, lui aussi, faire l'objet d'une dématérialisation à l'instar de la relation contractuelle qui l'a fait naître ? C'est d'ailleurs la volonté des institutions de l'Union Européenne que d'encourager le règlement en ligne des litiges de consommation¹⁴, ainsi que leur règlement extra-judiciaire¹⁵. Cette dynamique a par ailleurs été appuyée par la commission du Sénat en charge de l'examen des textes européens puisqu'elle a considéré que le règlement « *contribue à apporter au consommateur une solution plus simple et moins onéreuse que la procédure judiciaire pour le règlement des litiges de consommation* »¹⁶.

Alors que les textes européens encouragent le recours à l'*online dispute resolution*, il semble que les méthodes utilisées pour parvenir à cette fin relèvent uniquement de procédures non contentieuses telle que la médiation, sûrement pour favoriser le règlement amiable des litiges et l'apaisement des relations commerciales. Il n'en est pas moins que si la médiation en ligne est fortement encouragée, les autres modes alternatifs de règlement des litiges, notamment l'arbitrage ne doivent pas être en reste face au tournant de l'*online dispute resolution*. A ce jour,

¹¹ Cass. 1er Civ. 21 mai 1997, *arrêt Jaguar*

¹² Code civil, article 2061 dans sa rédaction antérieure à la loi dite « Justice XXI » du 18 novembre 2016

¹³ voir supra. (2)

¹⁴ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation

¹⁵ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation

¹⁶ Sénat, Examen du Règlement (UE) n° 524/2013 par la commission des affaires européennes du 03/10/2012

seule une institution d'arbitrage en ligne, e-just, propose des procédures adaptées à la participation d'un consommateur.

Partant de ces postulats, l'alliance de ces deux outils que sont le droit de l'arbitrage et le numérique apparaît comme une évidence, et devra être considéré à l'avenir comme un mode de règlement privilégié des litiges de consommation.

Il s'agira donc de démontrer comment l'arbitrage, et en particulier l'arbitrage en ligne peut devenir un outil privilégié du règlement des litiges de consommation.

Pour cela il conviendra d'abord de l'envisager comme une alternative répondant aux besoins du consommateur (Première partie), mais nécessitant un aménagement inhérent à la nature du contentieux (Seconde partie).

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE : Une alternative répondant aux besoins du consommateur

Chapitre 1 : Une alternative offerte par le droit positif

Section 1 : Une solution rendue possible par l'ouverture de l'arbitrage au consommateur en droit interne.

Section 2 : Une possibilité en accord avec le droit français de l'arbitrage international.

Chapitre 2 : La dématérialisation du contentieux au service du consommateur

Section 1 : Un arbitrage international moins contraignant pour la partie faible

Section 2 : Un arbitrage domestique plus accessible

SECONDE PARTIE : Une nécessité d'aménagement aux exigences inhérentes à la nature du contentieux

Chapitre 1 : Un droit de l'arbitrage adapté au service de la protection du consommateur

Section 1 : Une convention d'arbitrage au régime encadré

Section 2 : Une pratique arbitrale nécessairement adaptée

Chapitre 2 : La dématérialisation de l'instance arbitrale au bénéfice de la protection du consommateur

Section 1 : Une appréciation des faits centrée sur le consommateur

Section 2 : Une absence d'éléments de rattachement matériel bénéficiant au consommateur.

PREMIERE PARTIE : UNE ALTERNATIVE REpondant AUX BESOINS DU CONSOMMATEUR

L'arbitrage, et à fortiori l'arbitrage en ligne, apparaissent aujourd'hui comme des nouveaux outils offerts au consommateur pour régler les litiges naissant de sa relation avec un professionnel. Cette alternative est ainsi offerte au consommateur par une évolution du droit positif (Chapitre 1), qui lui permet de trouver son avantage dans la dématérialisation du contentieux (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une alternative offerte par le droit positif

Avant de pouvoir envisager d'utiliser l'outil numérique à l'appui d'une procédure d'arbitrage d'un litige de consommation, il faut que celui-ci soit d'arbitrable. Alors qu'après une très longue période de prohibition, l'arbitrage est aujourd'hui ouvert au consommateur en droit interne (Section 1), son usage était déjà reconnu par le droit français de l'arbitrage international (Section 2).

Section 1 : Une solution rendue possible par l'ouverture de l'arbitrage au consommateur en droit interne.

L'ouverture de l'arbitrage aux litiges de consommation est le fruit d'une évolution législative (I) dont le résultat est le développement d'une inopposabilité de la convention d'arbitrage au consommateur (II).

I) L'évolution du droit positif en matière d'arbitrabilité des litiges de consommation

A) L'évolution de la prohibition des clauses compromissoires

Le droit français s'est très vite montré hostile vis-à-vis de l'insertion de clauses compromissoires au sein des contrats dont les parties étaient dans un rapport déséquilibré. En effet dès 1843 et l'arrêt *Prunier*¹⁷, la Haute juridiction a choisi de priver d'effet une clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurance, en raison du fait que l'assuré n'avait pas

¹⁷ Cass. Civ. 10 juillet 1843, *Prunier*

été en mesure de la négocier. C'est sur ce déséquilibre que s'est appuyée la Cour de cassation pour justifier son refus de donner effet à la clause compromissoire incluse dans un contrat entre une partie jugée faible, et l'autre jugée forte, comme elle a par ailleurs pu le faire dans d'autres domaines à cette époque où s'est développée l'idée selon laquelle le droit se devait, en présence d'un rapport de force déséquilibré, protéger la partie faible contre la partie forte.

Cette volonté de protection de la partie faible, à qui l'on veut éviter de se voir privée du droit de saisir le juge étatique est à l'origine de la prohibition des clauses compromissoires au sein des contrats de consommation et même plus largement des contrats d'adhésion. En effet, en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, le juge étatique serait automatiquement exclu du processus de règlement du litige.

On cherche donc à éviter que cet outil nuise au consommateur, et qu'elle ne devienne finalement une clause de style, « *une arme du fort contre le faible, ou du spécialiste contre le profane* »¹⁸.

Par la suite, le législateur a posé un principe de nullité de la clause compromissoire¹⁹, sauf cas où la loi en disposerait autrement²⁰. Cela avait donc comme effet de restreindre considérablement le champ d'application matériel de la clause compromissoire, et finalement de l'interdire de manière injustifiée dans certaines situations qui n'étaient pas spécifiquement prévues par la loi, mais au sein desquelles n'existait pas ce déséquilibre justifiant les restrictions²¹.

Enfin, la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001 est venue retourner la situation, en prévoyant que désormais « sauf disposition législative particulière, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Ainsi, le principe n'est donc plus une nullité assortie d'exceptions, mais bien une validité, laquelle est bornée d'une part par l'existence de dispositions législatives particulières, et d'autre part par la nécessité d'être incluse dans un rapport contractuel professionnel. Il convient de souligner le fait que le caractère commercial ou non de l'opération contractuelle n'est plus pris en compte, et qu'il a été remplacé par le cadre professionnel²². Cela montre donc que ce qui prime est le caractère véritablement économique de l'opération contractuelle, et plus sa nature commerciale ou civile par exemple.

¹⁸ JARROSSON Ch., *La clause compromissoire (article 2061 C. civ.)*, Rev. Arb. 1992259

¹⁹ Article 2061 du Code civil issu de la loi du 5 juillet 1972

²⁰ Voir notamment l'ancien article 631 du Code de commerce, permettant l'arbitrage en matière commerciale

²¹ SERAGLINI Ch., *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, Gaz. Pal. 15/12/2007, n349, p5

²² FRISON-ROCHE M.A, Le Monde, 25 février 2002.

C'est par ailleurs ce critère de l'activité professionnelle qui a été repris par la loi du 18 novembre 2016 pour la modernisation de la justice du XXI^e siècle ouvrant le recours à l'arbitrage, cette fois-ci au non professionnel.

B) L'ouverture de l'arbitrage au non professionnel par la loi Justice XXI

La loi du 18 novembre 2016 pour la modernisation de la justice du XXI^e siècle opère donc une réforme de l'article 2061 du Code civil. En effet, celui-ci prévoit désormais que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* »²³. Cela signifie donc que, prenant le contrepied du droit positif antérieur, le législateur a choisi non plus de restreindre l'arbitrage au monde professionnel, mais de permettre, sous certaines conditions au non professionnel d'avoir recours à cet outil. Cette réforme ouvre donc au non professionnel tout un pan de l'arsenal juridique offert par le droit français dans le règlement extrajudiciaire des litiges. De plus, si ces derniers n'avaient jusqu'alors accès qu'aux outils non contentieux prenant une forme conventionnelle comme la médiation ou la conciliation, les litiges les concernant pourront désormais être réglés de manière définitive, extrajudiciaire et contentieuse.

Les litiges soumis à l'arbitrage pourront donc désormais être tant des litiges professionnels, que des litiges « du quotidien ». Tant des litiges commerciaux aux enjeux financiers importants, que des litiges beaucoup plus modestes.

Le particulier pourra donc conclure une convention d'arbitrage avec un professionnel, par l'insertion d'une clause compromissoire au sein des stipulations d'un contrat de consommation par exemple. En opérant une lecture attentive de l'article 2061 du Code civil, il apparaît que sa formulation ne restreint pas son champ d'application aux relations entre professionnel et particulier. En effet, si l'ancienne rédaction prévoyait que « la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle », la nouvelle disposant pour sa part « qu'elle est inopposable à une partie n'ayant pas contracté dans le cadre d'une activité professionnelle », le passage de l'un à l'autre peut laisser penser que l'une s'ajoute à l'autre. Or, dans la nouvelle version de l'article 2061 du Code civil, aucune mention n'est faite du professionnel partie au contrat. Cela signifie donc que non seulement le non professionnel pourra, dans un litige l'opposant à un professionnel, avoir recours à l'arbitrage, mais que celui-ci le pourra également dans le cadre du règlement d'un litige l'opposant à une autre personne

²³ Art. 11 de la loi du 18 novembre 2016

agissant hors du cadre de son activité professionnelle. Désormais, l'ensemble de la sphère contractuelle privée pourra être soumise à l'arbitrage. Ce résultat est par ailleurs le but recherché par le gouvernement comme l'a expliqué Jean Jacques Urvoas lors la présentation du texte à l'Assemblée²⁴ puisque celui-ci souhaitait ainsi régler les différends émanant des « *nouvelles relations économiques entre particuliers par internet, où des modes simplifiés pourraient permettre à moindre coût le règlement des différends* ».

L'arbitrage se présente donc comme un nouvel outil proposé au non professionnel pour régler les litiges qui l'opposent à un cocontractant professionnel ou non. Cela permet donc notamment au consommateur de saisir un tribunal arbitral dans le cadre d'un litige né dans la sphère des contrats de consommation. En revanche, et à ce sujet la nouvelle rédaction de l'article 2061 du code civil est on ne peut plus claire, la clause compromissoire n'est plus nulle si elle est incluse dans un contrat dont les deux parties ne sont pas professionnelles, elle est simplement inopposable à une partie qui n'agirait pas dans le cadre de son activité professionnelle.

II) L'inopposabilité de la convention d'arbitrage au service de la protection du consommateur

A) L'inopposabilité de la convention d'arbitrage offrant un droit d'option au consommateur

Avant la réécriture de l'article 2061 du Code civil par la loi Justice XXI^e siècle, il était posé un principe de nullité de la clause compromissoire tant que les parties n'agissaient pas dans le cadre de leur activité professionnelle. Désormais à l'inverse, l'article 2061 du Code civil prévoit que le non professionnel ne peut simplement plus se voir opposer la clause compromissoire. Il ne s'agit donc non plus d'une nullité assortie d'exceptions, mais bien d'une application traditionnelle du conditionnement de la validité d'une clause au consentement des parties, à laquelle s'ajoute l'impossibilité pour le cocontractant d'une partie non professionnelle de lui imposer d'appliquer la clause. Cette solution est identique à celle déjà posée par la jurisprudence en matière de contrat de travail international.²⁵

²⁴ J.-J. Urvoas, Amendement du Gouvernement n° CL159, 30 avr. 2016, Exposé des motifs

²⁵ Cass. Soc., 16 février 1999

Le premier alinéa du nouvel article l'article 2061 du code civil prévoit que la clause compromissoire doit avoir été acceptée. Cela est posé comme une condition de validité de la clause en tant que telle. En revanche, il n'est plus fait mention de causes de nullité relatives à la qualité des parties au contrat. Cela veut donc dire que désormais, le non-professionnel ne se verra plus opposer la nullité de la clause compromissoire qu'il aurait choisi de contracter.

En revanche, cette clause ne lui sera pas opposable. Cela signifie donc qu'il n'est plus question de se placer sur le champ de la validité de la clause en elle-même, mais sur celui des effets qu'il conviendra de lui donner en fonction de la situation. Ainsi, le consommateur pourra bénéficier d'un véritable droit d'option quant à l'actionnement de la clause compromissoire, puisqu'il pourra ou non, choisir de confier le règlement du litige à un tribunal arbitral.

En effet, la clause ne pouvant pas lui être opposée, le professionnel ne pourra donc contraindre le consommateur à se soustraire à l'office du juge étatique en confiant le règlement du litige à un tribunal arbitral, ou bien en opposant la clause au consommateur ayant saisi une juridiction étatique.

En revanche le consommateur partie à la convention d'arbitrage pourra au choix donner effet à la clause en saisissant, le plus souvent une institution d'arbitrage (pourquoi pas *online*) désignée au sein même de la clause, ou porter le litige devant le juge étatique.

Ainsi, si le consommateur bénéficie d'une liberté de choix, le professionnel sera, lui, tenu par la décision du consommateur puisqu'en cas de saisine d'une institution d'arbitrage, la clause compromissoire restera opposable au professionnel.

Cette inopposabilité de la clause compromissoire permet donc au consommateur de disposer d'un véritable choix dans la désignation du tiers au contrat qui sera amené à connaître du règlement du litige. L'inopposabilité a donc pour effet d'offrir plus une option au consommateur qu'un moyen d'action au professionnel. Cela implique cependant pour que ce choix soit total, que le consommateur bénéficie d'une véritable information quant aux tenants et aboutissants de chacune des options, ce qui pourrait contraindre les professionnels faisant le choix d'insérer des clauses compromissoires dans leurs conditions générales de vente, à informer leur cocontractant profane.

B) Une solution venant se substituer aux dispositions du Code de la consommation.

Alors que l'ancienne rédaction de l'article 2061 du Code civil²⁶ condamnait à la nullité les clauses compromissaires incluses dans des contrats qui n'étaient pas conclus à raison d'une activité professionnelle, sous réserve de dispositions législatives particulières, les dispositions du Code de la consommation (issues de la transposition d'une directive européenne de 1993 de lutte contre les clauses abusives²⁷) laissaient pour leur part une plus grande marge de manœuvre au professionnel désirant insérer une clause compromissoire dans un contrat de consommation. En effet, si une clause compromissoire incluse dans un contrat de consommation était présumée abusive²⁸, elle ne faisait l'objet que d'une présomption simple²⁹, laissant donc au professionnel la possibilité, comme pour toute les clauses faisant partie de la liste grise, de prouver l'absence de caractère abusif de cette clause.

Cette combinaison de dispositions aurait donc pu en principe permettre dans certaines conditions la validité d'une clause compromissoire incluse au sein d'un contrat de consommation. Cependant, cette combinaison avait été à la source d'une grande critique doctrinale, considérant que ne pas faire primer la simple application de l'article 2061 du Code civil, sur la combinaison avec les dispositions du Code de la consommation relèverait d'un « *paradoxe insupportable* »³⁰. En effet, la possibilité laissée au professionnel de démontrer que la clause compromissoire ne créait pas au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, serait venue compliquer la tâche du consommateur voulant faire obstacle à l'application d'une clause compromissoire dans un contrat le liant au professionnel. A l'inverse, la simple application des dispositions de l'article 2061 amenaient automatiquement à constater la nullité de la clause, permettant ainsi au consommateur de saisir les juridictions étatiques.

La nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil ne laisse plus de place au doute. La disparition de la notion de nullité de principe des clauses dont l'une des deux parties n'agissait pas dans le cadre de son activité professionnelle, sous réserve de dispositions légales contraires, permet d'exclure une possible articulation avec les dispositions du Code de la consommation.

²⁶ Supra (12)

²⁷ Directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

²⁸ Art. L.212-1, Code de la consommation

²⁹ Art. R.212-2, Code de la consommation

³⁰ E. Loquin, *Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire* J.-Cl. Procédure civile fasc. 1020

En effet, le fait que l'article ne fasse plus référence à une éventuelle exception permise par des dispositions spécifiques écarte l'application (controversée), par référence, des dispositions du Code de la consommation relatives au caractère abusif des clauses compromissoires incluses dans des contrats de consommation.

Désormais le consommateur sera libre de donner, ou non, effet aux dispositions de la clause compromissoire.

Si le traitement des clauses compromissoires incluses dans les contrats de consommation semble désormais clair au regard du droit de l'arbitrage interne, l'arbitrage international ne semble pas être soumis aux mêmes restrictions.

Section 2 Une possibilité en accord avec le droit français de l'arbitrage international.

Le droit français de l'arbitrage international s'est montré beaucoup plus enclin à reconnaître l'arbitrabilité d'un litige de consommation (I), et ce au détriment de la protection du consommateur (II).

I) Un recours à l'arbitrage permis par le droit français de l'arbitrage international

A) La non-applicabilité de l'article 2061 du Code civil ancien en matière internationale

Si le Code de procédure civile distingue dans sa classification l'arbitrage interne et l'arbitrage international, les dispositions du Code civil n'ont pas suivi ce chemin. En effet, il n'est fait aucune mention du champ d'application spatial des dispositions des articles relatifs à la convention d'arbitrage. Alors que les articles 2059 à 2061 du Code civil encadrent l'arbitrabilité des différents litiges et posent un certain nombre de règles notamment protectrices du consommateur, la Cour de cassation a considéré que les dispositions de l'article 2061 du code civil notamment n'étaient pas applicables en matière internationale³¹ étant donné que « *l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ».

Cela signifie qu'alors que la clause compromissoire était limitée dans ses effets en droit interne, et totalement exclue en matière de contrats de consommation, la Cour de cassation a fait le

³¹ Cass. 1^{re} Civ. 20 décembre 1993, *Dalico*

choix de s'affranchir des contraintes imposées par les dispositions du Code civil. Le fait que l'article 2061 du Code civil « *est sans application dans l'ordre international* » a d'ailleurs été réaffirmé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Zanzi*³².

La position de la Cour de cassation engendre deux types de conséquence. D'une part, le fait que l'arbitrage international ne soit pas soumis aux dispositions de l'article 2061 du Code civil oblige à se référer à un ensemble de règles matérielles, et non à une législation étatique. D'autre part, la protection de la partie faible assurée par les dispositions du Code civil sont *de facto* écartées également. Cela signifie donc que le consommateur peut en toute logique être contraint de prendre part à un arbitrage international. C'est d'ailleurs la position adoptée par la Cour de cassation dans deux arrêts, *Jaguar*³³ et *Rado*³⁴, ayant retenu l'arbitrabilité de litiges opposant consommateur et professionnel en raison du fait que la clause était comprise dans un contrat considéré comme économiquement international et que de ce fait, elle devait recevoir application « *sous la seule réserve des règles d'ordre public international* ». Le consommateur contraint à l'arbitrage se voit donc en outre attribuer une protection au champ relativement restreint.

Ainsi, c'est ce caractère international de l'opération économique inhérente à la relation contractuelle qui va permettre, de par l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi nationale, l'arbitrabilité des litiges de consommation.

B) La prééminence de la notion d'opération économique internationale

Pour être considérée comme internationale, la convention d'arbitrage est soumise à deux définitions différentes posées l'une par la loi, l'autre par la jurisprudence, qui, si elles ne reprennent pas les mêmes formulations, se basent sur un élément fondamental, l'opération économique internationale.

Au sein du Code de procédure civile d'abord, l'article 1504 prévoit que « est international l'arbitrage qui met en jeu les intérêts du commerce international »³⁵. Au lieu de se rattacher comme cela est le cas en principe, à la recherche d'un élément d'extranéité, le législateur a fait

³² Cass. 1^{re} Civ. 5 janvier 1999, *Zanzi*

³³ Cass. 1^{er} Civ. 21 mai 1997, *Jaguar*

³⁴ Cass. 1^{er} Civ. 30 mars 2004, *Rado*

³⁵ Art 1504, Code de procédure civile

le choix de se baser sur l'impact et la portée de l'arbitrage. L'arbitrage ayant un impact sur les intérêts du commerce international, devient donc lui-même international.

Cela a été appliqué par la jurisprudence qui l'a d'abord défini comme le fait que « l'opération économique sujette du litige ne se déroule pas dans un seul état »³⁶, puis de manière plus détaillée et plus complète comme « *le litige soumis à l'arbitre doit, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la qualification qu'elles lui ont donnée, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, porter sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, une telle opération devant réaliser un transfert de biens, de services, de fonds, de technologie ou de personnel à travers les frontières* »³⁷.

Le fait que le critère déterminant l'internationalité de l'arbitrage soit économique est en relative cohérence avec les effets qui sont donnés à cette qualification, il est donc logique que l'opération économique soit favorisée plutôt que l'aspect « humain » de cette dernière dans le règlement du litige y étant né. Ainsi, le consommateur n'est pas considéré comme la partie « faible » emprise dans un rapport de force né d'un contrat la liant à une partie « forte », professionnelle. Le consommateur est simplement un acteur économique, et c'est cette activité économique qui, si elle se déroule à travers les frontières, sera considérée comme internationale. L'acception française de l'internationalité exclue finalement l'identité des parties en tant que telle, les termes « *indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties* » montrent bien que ce n'est pas la partie entendue au sens individualisé du terme que la jurisprudence contraint à l'arbitrage international, mais bien l'acteur économique.

Ainsi, si la définition française de l'arbitrage international adopte une vision économique des parties à l'arbitrage pour retenir l'arbitrabilité d'un litige de consommation, cela peut se révéler assez inadapté aux litiges impliquant des consommateurs désormais peu protégés.

³⁶ Cass. 1^{er} Civ. 26 janvier 2011

³⁷ Cass. 1^{er} Civ. 30 juin 2016

II) Une protection du consommateur mise au second plan

A) Un outil pouvant se montrer inadapté au règlement des litiges mettant en cause un consommateur

Puisque le consommateur est considéré non pas comme une partie faible devant bénéficier d'une certaine protection, mais comme un agent économique soumis aux mêmes contraintes que le professionnel par l'arbitrage international, celui-ci est donc irrémédiablement confronté à certaines difficultés face auxquelles il risque de ne pas être armé.

En effet, le consommateur étant tenu par les dispositions de la convention d'arbitrage, il finira forcément par subir les conséquences du caractère international de celle-ci. Ces effets s'imposeront au consommateur dans deux domaines.

D'abord, la question du droit applicable à l'arbitrage ou au fond du litige peut être problématique pour le consommateur. En effet, la convention d'arbitrage sera le plus souvent inscrite dans les conditions générales de vente, que peu de consommateurs prennent le temps de lire réellement. Cette convention pourra être accompagnée d'une clause définissant la loi applicable au fond du litige. Or cette loi n'est pas forcément la loi nationale du consommateur, et celui-ci peut ne pas la maîtriser.

Cela permettrait au professionnel de donner application sur le fond à une loi plus libérale que celle qui serait naturellement celle du contrat, à savoir dans une question de protection du consommateur, celle de son lieu de résidence par exemple³⁸.

Enfin, le second inconvénient tient à l'éloignement physique du contentieux. Puisque le consommateur peut être contraint d'avoir recours à l'arbitrage, la procédure d'arbitrage peut, elle, voir établir son siège dans un endroit éloigné du lieu de résidence du consommateur. Bien que pour ce qui est de la procédure d'arbitrage en elle-même, il soit envisageable d'opérer une délocalisation des audiences, le problème de la localisation du siège de l'arbitrage dans un état qui n'est pas celui du lieu de résidence du consommateur rendra matériellement complexe pour ce dernier la saisine du juge de l'annulation. De plus, si le siège de l'arbitrage est fixé dans un pays plus libéral que celui où il réside, le choix du siège de l'arbitrage pourra avoir pour conséquence de priver non plus uniquement le consommateur de la possibilité de participer activement à la procédure, mais également d'un certain niveau de protection. Il convient

³⁸ Article 6, Règlement (CE) N o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

cependant de considérer ce risque comme potentiellement atténué par l'examen de la sentence par le juge de l'exequatur, à condition que celui-ci effectue un contrôle approfondi, ou que le manquement à l'ordre public soit flagrant³⁹.

B) Une application peu probable des dispositions du nouvel article 2061 du Code civil en matière internationale

Alors que le droit français de l'arbitrage en matière de consommation évolue, il convient de s'interroger sur l'applicabilité du nouvel article 2061 du Code civil en matière internationale. En effet, il serait tentant de considérer qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, et que l'article 2061 ne donnant aucune précision à son champ d'application doit être applicable en matière interne comme en matière internationale. Cette solution a cependant été écartée par la doctrine⁴⁰ de manière relativement unanime⁴¹.

En effet, le Professeur Clay rappelle que, bien que le fait que les dispositions du Code civil relatives à l'arbitrage aient été écartées de la matière internationale par la jurisprudence pour des raisons purement pratiques tenant à leur inadaptabilité aux enjeux du commerce international, le mécanisme juridique qui écarte leur application demeure.

Ainsi, ce n'est pas le « pourquoi », mais le « comment », qui permet d'affirmer que les dispositions du nouvel article 2061 du Code civil resteront sans application en matière internationale. Lorsque l'arrêt *Dalico* a posé le principe d'indépendance de la clause compromissoire internationale par rapport à tout droit étatique, il semble que cela ait été justifié implicitement par l'inadéquation entre les dispositions du droit français et les enjeux du commerce international. Cependant, une fois ce principe d'indépendance posé, il semble que la modification du texte qui en était la cause non officielle ne pourra pas avoir pour effet de rendre ses dispositions applicables. En effet, même si les dispositions de l'article 2061 sont désormais « améliorées », il n'en est pas moins que le principe d'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute législation étatique demeure. Ce n'est pas par ce que la qualité du droit français change que la clause compromissoire internationale sera amenée à perdre son autonomie.

³⁹ CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès c/ Euromissile*

⁴⁰ WEILLER Laura, *L'arbitrage du XXIe siècle*, LexisNexis, JCPProcédure

⁴¹ CLAY Thomas, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXIe siècle »* : JCP G 2016

Cela signifie donc qu'en matière internationale, le consommateur ne bénéficiera toujours pas de la protection que lui apporte l'article 2061 du Code civil, et qu'il pourra donc être contraint de procéder à un arbitrage qui pourra être source, comme étudié précédemment, d'inconvénients pour ce dernier.

Cependant, l'apparition de plateformes d'arbitrage en ligne pourra réduire l'impact de certains des désavantages inhérents à l'arbitrage international pour le consommateur et donc, se présenter comme une alternative pérenne.

Chapitre 2 : La dématérialisation du contentieux au service du consommateur

L'apparition de plateformes d'arbitrage en ligne se présente comme la possibilité pour le consommateur de participer à un arbitrage international qui lui sera moins contraignant (Section 1), tout en lui offrant une procédure d'arbitrage domestique plus accessible (Section 2)

Section 1 : Un arbitrage international moins contraignant pour la partie faible

L'arbitrage en ligne en matière internationale apporte naturellement une réponse aux litiges nés du commerce électronique (I) qui ne connaît pas de frontières, mais peut également représenter une alternative moins contraignante pour le consommateur (II).

I) L'arbitrage en ligne comme réponse aux litiges nés du commerce électronique.

A) Une relation contractuelle dématérialisée

L'essor du commerce en ligne⁴² a permis la naissance de nouvelles relations contractuelles ne se basant plus sur une rencontre physique mais sur une véritable fiction. En effet, alors que des sites de commerce en ligne ont commencé à prendre de l'importance, ceux-ci ont permis la mise en relation de consommateurs résidants dans un pays donné avec des professionnels du commerce installés dans d'autres pays. Ainsi, nombre de contrats passés par la suite entre professionnels et consommateurs constituaient des contrats internationaux.

⁴² En 2015, le chiffre d'affaires du e-commerce s'est élevé à 64,9 milliards d'euros (+14% par rapport à 2014).
Source : Fevad

Ces contrats liant un consommateur résidant d'un pays, avec un professionnel résidant dans un autre pays constituent le plus souvent des contrats de vente, mais peuvent également constituer en des prestations de service. Ces contrats portent *in fine* sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, réalisant ainsi un transfert de biens, de services, de fonds, de technologie ou de personnel à travers les frontières correspondent donc directement au champ d'application de l'arbitrage international, et ont vu le jour uniquement grâce à la dématérialisation des relations contractuelles via internet.

Avant cela, le nombre de contrats de consommation internationaux était très restreint de par le fait que le consommateur contractait le plus souvent « de visu » avec un professionnel qui, lui, importait des produits mais était installé dans l'état de résidence du consommateur. Ainsi, le consommateur n'a pu, lui, passer de contrats internationaux de manière quasiment habituelle que grâce à l'avènement du commerce en ligne.

Alors que la dématérialisation de la relation contractuelle a entraîné la mise en place de certaines règles de protection du consommateur en ligne, notamment quant à son consentement⁴³, ou à sa capacité de rétractation⁴⁴, le droit positif reconnaît ainsi au contrat de consommation en ligne un régime spécial et adapté au caractère dématérialisé de la relation contractuelle.

Il semble donc logique que le contentieux généré par ces contrats à distance puisse être lui aussi géré de manière dématérialisée.

B) Un contentieux dématérialisé

Alors que les opérations économiques internationales sont aujourd'hui dématérialisées par le biais de la réalisation de contrats de consommation en ligne, il semble cohérent d'envisager par parallélisme que le règlement des litiges naissant du fait de ces contrats puisse être également dématérialisé et effectué via des plateformes en ligne.

Si l'Union Européenne encourage d'ores et déjà les consommateurs à passer par la médiation en ligne en cas de différends avec un professionnel, que cela soit en matière de contentieux interne ou international, l'accès à une justice privée qui ne relèverait pas de la tentative de

⁴³ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 article 8

⁴⁴ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 article 9

consensus amiable doit également pouvoir être offerte aux justiciables. En effet, le consommateur peut aujourd'hui faire appel à différents services de médiation en ligne⁴⁵ qui remplissent les mêmes missions qu'un « médiateur physique », à savoir rapprocher les parties, et les amener dans le cadre d'un consensus à une solution non contentieuse, « amiable ». Cette offre étant alors restreinte aux procédures de médiation, non contentieuses, l'arbitrage en ligne permet d'élargir le champ de l'*online dispute resolution* en offrant une nouvelle alternative au consommateur, contentieuse cette fois-ci.

Il lui est désormais également possible de bénéficier de l'office d'un véritable tribunal arbitral *online*, qui opérera selon une procédure établie par les règlements d'arbitrage des plateformes dédiées. Alors qu'il est offert au consommateur de contracter avec un professionnel via internet sans jamais le rencontrer, pourquoi celui-ci devrait-il y être contraint lorsque naît un litige ? Une fois de plus, le parallélisme des formes semblerait vouloir que l'on puisse offrir au consommateur la possibilité de régler un litige né de l'application d'un contrat dématérialisé, par le biais d'une procédure en ligne.

Ainsi le consommateur pourra bénéficier d'une procédure entièrement dématérialisée, s'appuyant sur les outils technologiques pour permettre au tribunal arbitral d'opérer dans des conditions similaires à celles d'un arbitrage classique, à ceci près qu'il ne sera normalement jamais en présence physique des parties. Il officiera notamment en permettant aux parties la communication de pièces par voie électronique (comme cela peut déjà se faire devant le juge étatique grâce aux télé-recours ou au Réseau Privé Virtuel des Avocats), la téléconférence...

Désormais, bien que celui-ci apparaisse comme une alternative naturelle à la saisine du juge étatique dans le cadre d'un contentieux né de l'application d'un contrat électronique, l'arbitrage en ligne pourrait également trouver à s'appliquer pour résoudre des litiges trouvant leur source dans des contrats qui pourront être aussi bien *online* que *in real life*. L'usage de cet outil permettrait ainsi un meilleur accès du consommateur à la justice arbitrale, puisqu'il ne souffrirait pas financièrement du coût logistique et parfois décourageant d'un arbitrage dans un pays qui n'est pas le sien par exemple.

⁴⁵ Par exemple : <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso>

II) Une procédure moins contraignante pour le consommateur

A) Un palliatif partiel apporté à l'éloignement physique des parties à l'arbitrage

Alors qu'à l'époque des arrêts Jaguar (1999) et Rado (2004), les relations contractuelles qui s'étaient trouvées à l'origine de ces deux litiges s'appuyaient sur un *instrumentum* physique issu d'une commande pour le premier ou d'un démarchage à domicile pour le second, l'arbitrage en ligne bien qu'envisagé en doctrine⁴⁶ n'était pas encore accessible aux consommateurs.

Le fait pour les juges de constater la validité des clauses compromissoires a donc contraint les parties à participer à une procédure encrée par la domiciliation de l'arbitrage dans des états éloignés de leurs domiciles, et souvent de leur culture juridique. Si dans un cas, l'arbitrage avait été confié à la *Law Society* de Londres et donc domicilié au Royaume-Uni, la seconde clause compromissoire donnait compétence à la Nation Future Association de Chicago aux Etats-Unis. Les clauses ayant été insérées dans des contrats rédigés par les contractants professionnels renvoyaient directement à des institutions d'arbitrages qui correspondaient avec leurs propres lieux d'établissement.

Outre l'effet psychologique pour les consommateurs de d'envisager la tenue d'une procédure arbitrale dans un pays qui n'était pas le leur, ces parties faibles se sont trouvées face à une seconde contrainte, matérielle cette fois-ci. En effet, le consommateur contraint de participer à une procédure arbitrale se déroulant dans un pays qui n'est pas le sien devra faire face à des coûts importants, notamment de déplacement, de logement, de représentation ne serait-ce que pour le déroulement de l'instance arbitrale.

Bien que le droit français de l'arbitrage international reconnaisse la possibilité pour les arbitres de délocaliser les audiences⁴⁷ sans que cela influe sur la portée du choix du siège, cette position n'est pas forcément reprise par d'autres ordres juridiques. De plus, si le tribunal arbitral venait à délocaliser ses audiences dans le pays du consommateur par exemple, dans le but de lui faciliter l'accès à la procédure, le coût occasionné par le déplacement des arbitres serait répercuté sur celui de la procédure et donc, resterait à la charge des parties.

⁴⁶ VALMACHINO Stefania, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gazette du Palais - 11/01/2000 - n° 011 - page 6

⁴⁷ Civ. 2^e 9 février 1994

L'arbitrage en ligne résout partiellement le problème, puisque s'il est tout de même nécessaire de fixer un siège, le caractère entièrement dématérialisé de la procédure annihile ces coûts indirects liés à l'audience. Le consommateur n'a ainsi pas à se déplacer pour participer à la procédure arbitrale et se préserve du risque d'une sentence rendue par défaut.

En effet, l'utilisation d'une plateforme en ligne permet au consommateur de réduire les dépenses « de présence » inhérentes à toute procédure arbitrale physique, et n'a simplement plus à se déplacer pour participer à la procédure puisque celle-ci se déroule entièrement en ligne⁴⁸.

Cette procédure permet donc de pallier partiellement à l'éloignement des parties presque inhérent à l'arbitrage international, puisque si la procédure arbitrale en elle-même est dématérialisée, le choix du siège de celle-ci contraindra toujours les parties, notamment le consommateur, à saisir le juge d'appui ou de l'annulation de l'état du siège, par le biais des procédures classiques et donc physiques.

Rapport-gratuit.com 
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MEMOIRE

B) Un outil de défense des droits du consommateur

La procédure dématérialisée d'arbitrage en ligne permet de faciliter la défense des droits du consommateur. En effet, le fait d'être contraint de participer à une procédure d'arbitrage international du fait de l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de consommation entraîne pour les parties des coûts importants. Le consommateur n'est pas forcément en mesure de les assumer, et peut de ce fait se retrouver dans une situation délicate. Face à ces contraintes, le consommateur s'expose à deux risques. D'abord, il pourra être dissuadé d'agir à l'encontre d'un professionnel pour ne pas s'exposer à des frais qui s'avèreront être trop importants par rapport au montant du préjudice, voir au montant même du contrat.

L'arbitrage en ligne lui permettra donc de prendre plus facilement l'initiative d'une action à l'encontre d'un professionnel qui aurait alors profité du caractère dissuasif de la clause compromissoire pour être à l'abris de toute contestation quant à l'exécution de contrats passés avec des consommateurs.

Parallèlement si l'initiative vient du professionnel, le recours à un arbitrage en ligne permet également au consommateur de participer pleinement à la procédure arbitrale. Il ne souffrira

⁴⁸ Par exemple : Article 3, *Règlement d'arbitrage E Just* (Février 2017)

pas des freins financiers ou pratiques qui auraient pu le mener à refuser de participer à la procédure à laquelle il est tenu par la clause compromissoire.

Le recours à un arbitrage en ligne lui permettrait donc dans cette situation de participer pleinement à la procédure arbitrale intentée à son encontre, et de ne pas subir les effets du déséquilibre de moyens jouant en la faveur de son cocontractant à l'origine de l'instance qui pourra, lui, assumer financièrement sa participation de manière plus probable.

Ainsi l'arbitrage en ligne permet-il au consommateur une de faire valoir pleinement ses droits et de participer activement à la procédure arbitrale sans être découragé par les dépenses qui seraient occasionnées par une procédure d'arbitrage classique.

Section 2 : Un arbitrage domestique plus accessible

Le format dématérialisé des procédures arbitrage en ligne permet de rendre l'arbitrage domestique plus accessible aux consommateurs en répondant à leurs besoins (I), tout en assurant la protection de leurs intérêts (II).

I) Une procédure répondant aux besoins des consommateurs

A) Une procédure à la durée définie et aux coûts prévisibles

Il est régulièrement reproché à la justice étatique sa lenteur⁴⁹ ainsi que le caractère totalement variable des coûts engendrés par une procédure contentieuse. En effet, si le fait qu'un litige puisse mettre plusieurs années à être traité à cause de l'engorgement des juridictions peut être source de problèmes pour une partie professionnelle, cette problématique est décuplée du côté du consommateur. La lenteur du traitement des litiges peut être un frein à l'action du consommateur. De plus, l'étirement dans la durée d'un litige et la multiplication des audiences qui l'accompagne entraînent nécessairement une augmentation imprévisible des frais, notamment de représentation, à la charge du consommateur. Si la plupart des grosses entreprises bénéficient d'un service juridique en relation avec des avocats opérant un forfait de représentation et donc, pouvant englober ce type de litiges s'inscrivant dans la durée, le consommateur lui, doit faire face de manière indépendante aux frais de représentations engendrés par la procédure.

⁴⁹ v. supra (3)

Face à cela l'arbitrage, et notamment l'arbitrage en ligne, apportent une réponse adaptée aux besoins du consommateur. En effet, si les dispositions du Code de procédure civile prévoient que « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délais, la limite de la mission du tribunal arbitral est fixée à 6 mois après la saisine »⁵⁰, il est laissé à la liberté des parties la possibilité de fixer un autre délai qui pourra être au choix plus court, ou plus long. Cependant, en l'absence de choix, ce délai sera porté à 6 mois. Ainsi, qu'elle soit définie ou non, la durée de la procédure arbitrale est bornée, ce qui permet une meilleure prévisibilité pour les parties. De plus, il est possible de fixer un délai contractuel par référence à un autre document, comme le règlement d'arbitrage, qui peut alors prévoir que le litige sera réglé dans un délais plus bref⁵¹.

Les plateformes d'arbitrage en ligne permettent ainsi de réduire encore les délais, puisque le caractère instantané des transmissions, et la simplification des procédures permettent au tribunal arbitral d'accéder rapidement aux informations et donc de traiter plus rapidement le litige⁵².

D'autre part, le caractère forfaitaire des procédures proposées par les institutions d'arbitrage en ligne permet au consommateur, mais également au professionnel, de prévoir exactement le coût institutionnel du règlement du litige.

Le caractère dématérialisé de la procédure permet donc au consommateur d'accéder à une procédure moins onéreuse qu'un arbitrage classique⁵³. En effet, contrairement aux procédures classiques, l'arbitrage en ligne permet de s'affranchir des coûts de déplacement, ainsi que de logement ou de toutes les autres dépenses relatives à la logistique de l'instance arbitrale, ce qui permet d'opérer suivant des tarifs relativement accessibles pour les parties faibles.

B) Une interface simple et accessible reprenant des codes familiers au consommateur

La saisine d'une juridiction étatique ou d'une institution d'arbitrage classique est soumise à des procédures relativement lourdes, impliquant une certaine maîtrise de la matière juridique. Qu'il s'agisse de la procédure civile dans un cas, ou de la procédure prévue par le règlement d'arbitrage dans l'autre, le consommateur partie faible sera en général contraint d'avoir recours aux services d'un conseil.

⁵⁰ Art. 1463, Code de procédure civile

⁵¹ JARROSSON Ch. « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », rev. Arb. 1990, p.381

⁵² Par exemple : la plateforme e-Just propose une procédure accélérée en 20 jours, standard en 30.

⁵³ Par exemple : Procédures e-Just à partir de 420€ TTC, www.ejust.fr/tarifs

Le recours à une plateforme d'arbitrage en ligne permet au consommateur de s'affranchir de ces contraintes et d'être guidé dans son cheminement. En effet, l'adaptation des plateformes d'arbitrage en ligne ne s'est pas fait uniquement sur le plan juridique par une adaptation du règlement d'arbitrage. La procédure en ligne offre au consommateur d'être guidé dans sa démarche par un formulaire simple et progressif permettant de définir les contours du litige et ainsi de suivre pas à pas les différentes étapes de la procédure arbitrale, en s'appuyant sur les dispositions du règlement d'arbitrage⁵⁴.

Ainsi, après s'être identifié ou avoir créé un compte personnel sur la plateforme comme il le ferait dans le cadre de n'importe quelle autre plateforme d'achats ou de service en ligne, le consommateur est d'abord guidé dans la formation de sa requête d'arbitrage par le biais d'un formulaire à choix multiples pour l'aiguiller dans la formation de l'acte. Ce système permet au consommateur d'être accompagné et relativement canalisé dans son champ d'action ce qui lui évite de se perdre et lui permet de renseigner les informations nécessaires petit à petit en circonscrivant les termes du litige.

Il doit ainsi renseigner les éléments de fait et de droit relatifs au litige ainsi qu'à ses prétentions. Cette requête une fois validée sera transmise au défendeur, qui disposera des mêmes moyens pour se défendre.

Les plateformes d'arbitrage en ligne permettent donc au consommateur de confier le règlement d'un litige à un tribunal arbitral dans un cadre matériel reprenant les codes et le fonctionnement de plateformes en ligne avec lui sont déjà familières, tout en le guidant dans sa démarche.

II) Un recours à l'arbitrage assurant la protection des intérêts du consommateur

A) L'application des dispositions protectrices du consommateur par le tribunal arbitral

Au même titre que l'arbitrage classique, l'arbitrage en ligne sera soumis aux dispositions du Code civil et du Code de procédure civile. Ainsi, les dispositions de l'article 2061 du Code civil trouveront à s'appliquer dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en ligne, ce qui assurera dès la naissance du litige, une relative protection au consommateur qui, malgré la contraction d'une clause compromissoire, pourra conserver le choix de confier le règlement du litige à la justice étatique ou à une institution arbitrale dématérialisée. Cependant si ce choix entrainera une

⁵⁴ Document Public e-Just, *Procédure Type*

différence de règles applicables à la procédure, le fond du litige sera lui soumis aux même droit applicable. En effet, les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage domestique disposent notamment que « l'arbitre tranche conformément aux règles de droit »⁵⁵. Ainsi l'arbitre est-il tenu d'appliquer, dès qu'il se trouve face à un litige opposant « une personne physique agissant hors du cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole », et « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel »⁵⁶, les dispositions du Code de la consommation.

Contrairement à l'arbitrage international, l'arbitrage domestique est soumis au droit français puisqu'il traite d'un litige ne mettant pas en jeux les intérêts du commerce international.

Le consommateur bénéficiera donc dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en ligne, de la même protection basée sur les mêmes dispositions que celles qui auraient été appliquées par le juge étatique. Il n'y a donc pas de risque pour le consommateur de se voir privé de l'application des dispositions protectrices du Code de la consommation en choisissant de confier le règlement du litige à une institution arbitrale dématérialisée. Celles-ci trouveront à s'appliquer de par leur caractère impératif, qui ne sera pas atteint par le choix de la juridiction arbitrale ou étatique, à qui sera confié le règlement du litige.

Le droit de la consommation ayant pour but de constituer une protection de la partie faible au rapport économique et contractuel qui l'oppose à une partie forte professionnelle, son application par le tribunal arbitral en ligne permet donc au consommateur de ne pas pâtir de ce déséquilibre des forces, tout en bénéficiant des avantages de la procédure d'arbitrage dématérialisé évoqués précédemment.

B) Une nécessité d'exequatur peu probable

Bien que la procédure d'arbitrage en ligne permette d'éviter la saisine du juge étatique, il reste une limite à sa force obligatoire. En effet, alors qu'une décision de justice étatique obtient automatiquement la possibilité de faire l'objet d'une exécution forcée, la sentence arbitrale nécessite pour pouvoir bénéficier d'une exécution forcée conformément aux dispositions de

⁵⁵ Art. 1478, Code de procédure civile

⁵⁶ Art. préliminaire, Code de la consommation

l'article 1487 du Code de procédure civile⁵⁷ d'obtenir l'exequatur. Cette procédure doit avoir lieu devant le tribunal de grande instance du lieu où la sentence a été rendue. Si cela semble compliqué d'établir en matière d'arbitrage en ligne un véritable lieu de l'arbitrage, à moins que le règlement d'arbitrage de la plateforme ne le prévoie expressément, il est possible d'envisager qu'en matière d'arbitrage interne, celui-ci sera celui du siège social de l'institution d'arbitrage par exemple. Quoi qu'il en soit puisqu'il s'agit d'un arbitrage domestique, les contraintes matérielles et financières liées à la nécessité d'obtenir l'exequatur et donc de former une action en justice sont bien moindres qu'en matière internationale.

En outre, il semble que les sentences résultant de procédures d'arbitrage dématérialisé en matière de consommation risquent de ne pas forcément nécessiter d'exequatur systématique. En effet, en cas de condamnation du professionnel par le tribunal arbitral, une attitude réfractaire de celui-ci ne serait pas dans son intérêt. L'article 1488 du Code de procédure civile dispose que la sentence ne peut recevoir exequatur que si elle n'est pas manifestement contraire à l'ordre public⁵⁸. Cela signifie donc que le juge n'analysera pas et ne détaillera pas son étude de la sentence, se contentant de vérifier que celle-ci ne heurte pas l'ordre public. Partant de ce postulat, il semble relativement peu probable que dans le cadre d'un litige de consommation, un tribunal arbitral composé de spécialistes, fût-il dématérialisé, rende une sentence appliquant le droit français mais étant contraire à l'ordre public. L'exequatur serait donc accordée de manière quasi systématique. De plus, le fait de ne pas exécuter spontanément une sentence, et ce de manière répétée, pourrait ternir l'image de marque du professionnel et donc lui nuire plus qu'autre chose.

Enfin, les litiges de consommation étant majoritairement d'un faible montant, il semble peu probable que, sachant l'exequatur quasiment automatique, les professionnels condamnés attendent d'être contraints d'exécuter la sentence, et donc de s'exposer aux frais d'exécution forcée par la suite.

L'arbitrage en ligne se présente donc comme une alternative pouvant répondre aux besoins du consommateur dans la défense de ses droits face au professionnel, de par la légèreté de la logistique procédurale notamment. L'arbitrage est cependant un outil qui peut sembler inadapté au contentieux à faible montant ou à l'opposition de parties dans un rapport déséquilibré, et donc au contentieux de consommation. Il conviendra donc de considérer comment l'arbitrage

⁵⁷ Art. 1487, Code de procédure civile.

⁵⁸ Art 1488, Code de procédure civile.

en ligne peut permettre l'aménagement de la procédure arbitrale, notamment grâce à son caractère dématérialisé, pour qu'elle corresponde aux besoins inhérents au contentieux de consommation.

SECONDE PARTIE : UNE NECESSITE D'AMENAGEMENT AUX EXIGENCES INHERENTES A LA NATURE DU CONTENTIEUX

Bien que l'accès à l'arbitrage soit dorénavant entièrement ouvert au consommateur et que cet outil puisse se montrer un véritable atout, il reste nécessaire que le droit de l'arbitrage soit adapté (Chapitre 1), pour que la dématérialisation de l'instance arbitrale puisse bénéficier au consommateur (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un droit de l'arbitrage adapté au service de la protection du consommateur.

L'adaptation du droit de l'arbitrage au règlement des litiges de consommation en ligne nécessite un encadrement du régime de la convention d'arbitrage (Section 1), ainsi qu'une adaptation de la pratique arbitrale (Section 2)

Section 1 : Une convention d'arbitrage au régime encadré

Face aux contraintes matérielles imposées tant par la forme dématérialisée de l'arbitrage que par la matière spécifique dans laquelle il intervient, il semble indispensable de prévoir un relatif formalisme de la convention d'arbitrage (I), permettant de s'assurer du consentement du consommateur (II).

I) Un indispensable formalisme autour de la convention d'arbitrage

A) La nécessité d'une convention écrite

Bien qu'en droit interne, l'actionnement de la clause compromissoire ne s'impose pas au consommateur, celle-ci si elle venait recevoir effet devra répondre aux règles de forme s'imposant à toute clause compromissoire. En effet, pour permettre au consommateur d'opter pour une procédure d'arbitrage, il est nécessaire que la convention d'arbitrage sur laquelle il s'appuie soit valide. Il est donc impératif que la clause respecte les dispositions du Code de procédure civile qui imposent que la convention d'arbitrage soit contenue dans un écrit, sous peine de nullité⁵⁹.

⁵⁹ Art. 1443, Code de procédure civile

Cet écrit peut cependant ne pas être inclus directement dans le contrat. En effet, l'article 1443 du Code de procédure civile prévoit également que la convention d'arbitrage peut « *résulter d'un écrit ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale* ». Cela devrait donc permettre au professionnel d'inclure comme cela est déjà le cas en matière de relations commerciales, une clause compromissoire au sein de ses conditions générales de vente. Cette nécessité de l'existence d'une convention d'arbitrage semble être en accord avec le droit de la consommation en ligne. En effet, puisque l'ensemble de la relation contractuelle est dématérialisé, et donc écrite, il n'est absolument pas problématique de conditionner la validité de la clause compromissoire à son caractère écrit.

En matière internationale le droit français a pris le parti inverse, l'article 1507 du Code de procédure civile fait de la convention d'arbitrage international « un contrat purement consensuel »⁶⁰. En effet, l'article dispose que « la convention d'arbitrage internationale n'est soumise à aucune condition de forme »⁶¹. A l'image du sort réservé au consommateur impliqué dans un arbitrage international, le libéralisme l'a encore emporté sur le formalisme.

Cependant, d'autres sources de droit international ont fait le choix du formalisme, à l'image de la Convention de New York qui impose en son article 2 la rédaction par écrit de la clause compromissoire⁶². De plus, du fait que l'arbitrage en ligne soit principalement, voir uniquement, l'office d'institutions spécialisées, celles-ci prévoient des « clauses type » à insérer au contrat⁶³, à l'image des institutions d'arbitrage classiques⁶⁴. Le fait que ces clauses type renvoient directement à des institutions d'arbitrage nécessite que la clause soit insérée dans un contrat, et donc, qu'elle soit inscrite dans un *instrumentum*.

⁶⁰ v. supra (9)

⁶¹ Art. 1507, Code civil

⁶² Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 1958

⁶³ « *En cas de différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, le demandeur pourra choisir d'agir conformément au Règlement d'Arbitrage eJust ou devant la juridiction étatique compétente. Ce choix est définitif* », clause d'arbitrage ejust, www.ejust.fr.

« *Tout litige relatif au présent contrat ou en relation avec celui-ci sera tranché par voie d'arbitrage conformément au règlement FastArbitre de l'Institut digital d'arbitrage et de médiation* », clause d'arbitrage fast-arbitre, www.fast-arbitre.com

⁶⁴ « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.* », modèle de clause compromissoire de la Chambre de Commerce Internationale, <http://iccwbo.org>

Le fait que la convention d'arbitrage prenne une forme écrite permet au consommateur de prendre la mesure de son engagement. Car, si en matière interne le consommateur reste libre de donner ou non application à la clause, en matière internationale celui-ci sera tenu par les dispositions de la convention d'arbitrage. L'exigence d'un écrit permet donc d'assurer une certaine sécurité au consommateur, qui ne sera tenu que par une obligation incluse dans un *instrumentum* qu'il aura consulté et accepté.

Il est cependant peu probable que le droit français de l'arbitrage international emprunte cette voie, bien que le caractère international du contrat source du litige implique dans une grande majorité des cas des échanges exclusivement écrits. La clause compromissoire qui y sera mentionnée sera donc vraisemblablement également sous forme écrite. En revanche, le fait pour le professionnel d'imposer le recours à l'arbitrage au consommateur devrait faire l'objet de plus de précautions quant à l'information de ce dernier.

B) L'entrée dans le champ d'une obligation précontractuelle d'information pesant sur le professionnel

Alors que l'article 1443 du Code de procédure civile prévoit également que la convention d'arbitrage puisse « *résulter d'un écrit ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale* », comme l'ont souligné les professeurs Seraglini et Ortshteidit « (...) *ni la formulation nouvelle ne renseignent sur la forme exacte que doit revêtir cette référence pour valider la convention d'arbitrage* »⁶⁵. Par ces termes, ces auteurs s'interrogent sur le sens à donner à cette notion de référence, qu'elle renvoie expressément à la clause en elle-même, ou à un document annexe qui la contiendrait. Il ressort de leurs travaux que « *la référence ne devrait en tout cas pas être univoque* ». Cela signifie donc qu'il est nécessaire que la clause ait été portée à la connaissance des deux parties avant la conclusion du contrat.

La problématique étant de s'assurer que les deux parties aient pleinement pris connaissance de leur engagement avant de conclure un contrat contenant une clause compromissoire, la question est d'autant plus importante qu'elle intervient dans le cadre de la conclusion d'un contrat entre un professionnel et un consommateur.

Si en matière d'arbitrage interne, le droit français protège le consommateur de l'application d'une clause compromissoire qui lui serait défavorable en le laissant libre de donner effet, ou non, à la clause, il est nécessaire qu'il soit informé de la teneur de celle-ci. Cette nécessité est

⁶⁵ voir supra (9)

d'autant plus importante en matière internationale, étant donné que le consommateur, une fois engagé, sera dans l'incapacité de se libérer des effets de la clause compromissoire. Cependant, le caractère libéral du droit français de l'arbitrage international semble l'emporter une fois de plus sur la protection du consommateur puisque la clause compromissoire par référence est admise dès lors qu'elle se trouve sur un document auquel il a été fait référence par le contrat principal⁶⁶. L'application large et l'absence de formalisme de l'article 1507 du Code de procédure civile permettent donc au professeur Vidal de considérer pour sa part qu'en matière internationale ne s'impose « *aucune condition quant aux modalités selon lesquelles peut se constater l'existence du consentement des parties* »⁶⁷.

Afin d'assurer une véritable information du consommateur, et donc de répondre au problème de la prise de conscience du consommateur de l'engagement qu'il prend, il pourrait être envisagé de faire apparaître en cas de renvoi à une clause compromissoire, une obligation précontractuelle d'information à la charge du vendeur. En effet le vendeur est d'ores et déjà tenu par le droit français d'une obligation générale d'information précontractuelle⁶⁸, laquelle doit porter notamment sur le prix du bien ou du service, ses caractéristiques essentielles.. L'alinéa 5 de l'article L.111-1 du Code de la consommation prévoit d'ailleurs que le professionnel doit informer le consommateur sur « *les informations relatives (...) aux autres conditions contractuelles* ». La présence d'une clause compromissoire pourrait tout à fait être comprise dans ces conditions contractuelles. D'ailleurs, l'alinéa suivant prévoit même que le consommateur doit être informé de « *la possibilité de recourir à un médiateur de la consommation* », cela montre donc que le professionnel doit informer le consommateur de l'existence d'une autorité spécifique compétente en cas de litige. Si le passage par la médiation n'est pas obligatoire, le droit de l'arbitrage interne ne contraint pas non plus le consommateur à se priver de l'action des juridictions étatiques, mais lui laisse la possibilité de le faire. Le parallélisme effectué entre la possibilité pour le consommateur de saisir un médiateur et sa faculté de saisir un arbitre conformément à une clause compromissoire devrait également être appliqué à l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur sur l'existence d'une alternative à la saisine du juge étatique en cas de litige. Ce mécanisme permettrait ainsi de contraindre le professionnel à s'assurer que le consommateur a pris connaissance de l'existence

⁶⁶ voir supra (9)

⁶⁷ Vidal Dominique, Justice du XXIème siècle : l'impact de l'article 11 alinéa 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dans le domaine de l'arbitrage, Lexbase Hebdo édition privée n°681 du 22 décembre 2016

⁶⁸ Art. L.111-1, Code de la consommation

de la clause compromissoire et donc à régler le problème posé par l'information du consommateur en cas d'arbitrage par référence.

La matérialisation de cette obligation d'information pourrait par exemple dans le cadre d'un achat en ligne, consister en un renvoi direct sur la page internet de la plateforme d'arbitrage en ligne à laquelle le consommateur serait tenu de renvoyer le règlement du litige s'il optait pour le soustraire à l'office du juge étatique. Le consommateur pourrait ainsi confirmer qu'il a pris connaissance de l'existence de cette clause en cochant, avant de confirmer sa commande, en plus d'un item « j'ai lu et accepte les conditions générales de vente », un second « j'ai pris connaissance de l'existence d'une clause compromissoire permettant le recours à un arbitrage en cas de litige ».

II) Le consentement du consommateur placé au premier rang

A) Un double consentement à l'arbitrage

Comme pour n'importe quelle obligation contractuelle, les parties au contrat contenant une clause compromissoire doivent avoir exprimé leur consentement. Cependant en matière d'arbitrage interne, la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil modifie considérablement la nature du consentement requis pour la partie n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, et donc pour le consommateur.

En effet, puisque l'arbitrage est ouvert aux consommateurs, il convient de considérer que pour être mise en œuvre, cette clause doit faire l'objet d'un double consentement de la part de celui-ci. Le professeur D. Vidal utilise à ce sujet le terme de « *acceptation maintenue* »⁶⁹. Il considère que le consommateur ayant consenti à la clause compromissoire au moment de la contraction du contrat doit, pour donner lui donner effet, maintenir ce consentement. Cela se comprend à la vue de la rédaction du premier alinéa de l'article 2061 du Code civil, puisqu'il conditionne la validité d'une convention d'arbitrage à son acceptation par les parties.

Cette « *acceptation maintenue* » implique cependant l'existence d'un double consentement de la part du consommateur, tandis que le professionnel voit lui son acceptation maintenue de manière définitive, de par la force obligatoire de la convention d'arbitrage. D'abord, le

⁶⁹ voir supra (66)

consommateur doit consentir à la clause incluse dans le contrat principal. Il est impossible pour celui-ci de bénéficier de l'application d'une clause compromissoire qu'il aurait refusée au moment de la naissance de l'obligation. Une fois la clause valide en elle-même, un second consentement doit intervenir une fois le litige né pour donner compétence au tribunal arbitral. Plus qu'une acceptation, qui sous-entend qu'elle est une réponse à une proposition, le consentement à la saisine de la juridiction arbitrale se matérialise par l'action directe du consommateur. En effet, alors qu'il consent à la clause compromissoire, il consent à bénéficier d'un choix en cas de litige, d'une option de compétence. Quand un litige apparaît et que le consommateur choisi de confier son règlement à une institution arbitrale, il émet un second consentement, relatif à la saisine de la juridiction arbitrale et c'est celui-ci qui rend la clause compromissoire efficace.

Le consommateur pourra donc exprimer ce premier consentement en contractant la clause compromissoire, notamment dans le cadre d'un achat en ligne, en validant sa commande après avoir notifié son consentement aux conditions générales du vendeur incluant une référence à la clause compromissoire. Le second consentement sera exprimé dès lors qu'il saisira l'institution d'arbitrage en ligne et matérialisé par le dépôt de la requête.

B) Une absence de consentement faisant obstacle à l'effet négatif du principe de compétence-compétence

Alors que les parties sont en principe tenues par la présence d'une convention d'arbitrage au sein de leur contrat, laquelle retire de l'office du juge le règlement du litige, le nouveau régime de la convention d'arbitrage risque d'opérer une modification de l'office du juge. En effet, jusqu'alors l'article 1448 du Code de procédure civile empêchait en principe le juge étatique saisi par l'une des parties en dépit de l'existence de la clause compromissoire de se prononcer sur la validité de celle-ci.

Cependant, lorsque le premier consentement visé précédemment est donné, il permet de rendre la convention valide, mais lorsque la clause compromissoire est insérée au sein d'un contrat de consommation, c'est le second consentement donné par le consommateur, celui du recours à l'arbitrage dans le cadre du litige né et identifié qui permet à la clause compromissoire d'être efficace.

Ainsi, lorsque le consommateur fait le choix de saisir le juge étatique d'une demande relative au règlement d'un litige qui l'oppose à un professionnel, couvert par une convention d'arbitrage, cette saisine du juge étatique annihile complètement l'effectivité de la clause

compromissoire et la rend totalement inefficace. En effet, puisque le consommateur a fait le choix de saisir le juge étatique, cela indique qu'il ne compte pas confier le règlement du litige à un arbitre, et donc, qu'il n'entend pas rendre efficace et contraignante la clause compromissoire.

Lorsque le juge étatique sera saisi par le consommateur, le professionnel pourrait être tenté d'opposer la clause compromissoire pour écarter le juge du litige et saisir un tribunal arbitral à fin que ce dernier statue sur sa compétence. Cependant, l'article 1448 al.2 du Code de procédure civile prévoit que lorsqu'aucun tribunal arbitral n'est saisi, « *le juge doit se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ». Cette exception va permettre au juge d'écarter l'application de l'alinéa précédent de l'article 1448 du Code de procédure civile, et d'écarter la clause compromissoire litigieuse. En effet, l'inopposabilité de la clause compromissoire au consommateur la prive d'effets, ce qui devrait la rendre manifestement inapplicable, puisque le fait que le consommateur agisse devant le juge étatique ne laisse aucun doute planer sur sa volonté, ou non, d'activer la clause compromissoire.

Section 2 : Une pratique arbitrale nécessairement adaptée

Face à la nature du litige et aux intérêts qu'il met en jeux, la pratique arbitrale devrait évoluer en permettant à l'arbitre de pallier à l'absence de représentation obligatoire en matière d'arbitrage (I), et en permettant financièrement au consommateur d'avoir recours à une procédure (II)

I) Un arbitre en mesure de pallier à l'absence de représentation obligatoire

A) Une procédure pouvant sembler peu propice à la participation d'un avocat

L'arbitrage est par essence une procédure où le recours par les parties au services d'un avocat n'est pas obligatoire que cela soit en matière interne⁷⁰ ou en matière internationale où il est « *traditionnellement admis que les parties disposent des mêmes libertés* »⁷¹. Le caractère dématérialisé de la procédure arbitrale en ligne, laquelle peut être engagée et suivie de bout en bout par le consommateur depuis son domicile, pourrait pousser ce dernier, guidé dans le

⁷⁰ Article 1464 du Code de procédure civile renvoyant à l'article 18 du Code de procédure civile.

⁷¹ Voir supra (9)

déroulement de la procédure sur la plateforme en ligne et soucieux de ne pas opérer trop de dépenses, à se passer de l'office d'un conseil. D'un point de vue purement matériel également, le fait que, dans le cadre de la conclusion d'un contrat en ligne, il soit possible de renvoyer directement via un lien hypertexte à l'institution d'arbitrage pourrait encourager le consommateur à s'engager directement dans cette procédure de la même manière qu'il aurait contacté le service client via un formulaire de contact.

Bien que le recours aux services d'un tiers ne soit pas une obligation, la pratique montre indéniablement que cela est presque toujours le cas. En effet, la complexité du droit de l'arbitrage amène les parties profanes à solliciter l'expertise et le conseil d'un tiers de manière quasi-systématique.

Ainsi le consommateur pourra-t-il recourir aux services d'un avocat, par la conclusion d'un « *mandat de représentation en justice* »⁷² qui pourrait donc, puisqu'il s'agit d'un mandat, être contracté également en ligne, puisqu'aucune disposition relative au droit spécial du contrat de mandat ne s'y oppose⁷³. Le mandataire pourrait donc représenter le consommateur durant la procédure, toujours de manière dématérialisée.

La représentation et l'assistance par un tiers est par ailleurs reconnue dans les règlements d'arbitrage des institutions d'arbitrage en ligne⁷⁴. Cette reconnaissance permet donc à l'avocat une fois mandaté d'agir en tant que représentant, il faut cependant que le consommateur s'y prenne antérieurement au remplissage du formulaire de requête pour être certain de ne pas avoir commis d'erreurs qui pourraient lui être préjudiciables pour la poursuite de la procédure.

Pour protéger la partie faible qu'est le consommateur, qui risque alors de se trouver sans conseil mais face à une entreprise représentée par un professionnel, il pourrait être opportun de confier à l'arbitre une certaine marge de manœuvre quant à la recherche d'informations lui permettant de trancher le litige.

B) Un arbitre au service des parties

L'arbitre est tenu à deux obligations, l'indépendance et l'impartialité, qui sont la garantie de l'égalité des parties. Cependant, l'égalité des parties peut être mise à mal par la relation dans laquelle elles se trouvent entre elles, notamment lors de la conclusion d'un contrat de

⁷² Cass. Civ. 2, 21 novembre 2002

⁷³ Art. 1985 Code civil

⁷⁴ Art 36 règlement d'arbitrage e-just

consommation. Il est indéniable que cette égalité des parties est alors rompue, et qu'il convient de mettre en place des moyens de la rétablir.

Comme énoncé précédemment, si le consommateur peut avoir recours aux services d'un avocat, il n'y est pas obligé. De plus, si celui-ci faisait le choix d'être représenté par un professionnel au cours de l'instance, il y a bien peu de chances qu'il puisse financièrement bénéficier des services d'un « grand cabinet d'avocats » disposant d'une équipe spécialisée. De l'autre côté du litige, le professionnel est pour sa part dans une situation plus confortable, étant donné que sauf à être une PME ne disposant pas de service juridique ou des services d'un cabinet spécialisé, il aura beaucoup moins de difficultés à bénéficier d'une représentation qualifiée.

A la vue de la nature du contentieux, et des éléments cités précédemment qui laissent à penser que le consommateur ayant recours à l'arbitrage en ligne pourrait être tenté de ne pas être représenté ou conseillé durant la procédure, il convient d'attribuer à l'arbitre un rôle de garant de l'égalité des parties. La solution proposée par Marc Henry semble ainsi permettre à l'arbitre de rester impartial et indépendant, tout en assurant l'égalité des parties durant la procédure arbitrale. En effet, celui-ci considère que la « *proactivité de l'arbitre devrait s'exercer (...) indépendamment de la partie à qui elle est susceptible de profiter* »⁷⁵. Le fait que l'arbitre ait seulement une faculté de relever d'office les moyens de droit qui n'auraient pas été soulevés par les parties pourraient laisser penser qu'il disposerait d'un pouvoir discrétionnaire de fermer les yeux sur certains éléments pertinents et pas sur d'autres, et donc remettre en question son impartialité.

L'arbitre a d'ailleurs déjà en matière d'arbitrage de consommation été fortement incité à relever d'office les moyens tirés de l'ordre public de protection du consommateur, sous peine de voir sa sentence annulée comme l'a souligné M. de Fontmichel⁷⁶.

Si l'arbitre était tenu de relever d'office tous les moyens de droit qui n'auraient pas été soulevés par les parties, qu'ils soient d'ordre public⁷⁷ ou non, il serait de la sorte en mesure de rétablir l'équilibre entre celles-ci.

En effet, l'arbitre devrait alors aussi bien relever des moyens de droit au service des prétentions de la partie faible, que de la partie forte. Cette solution permettrait donc d'assurer l'égalité des

⁷⁵ Colloque du 9 mai 2016 - Etude par Caroline Duclercq et Carine Jallamion et Daniel Mainguy et Walid Ben Hamida et Achille Ngwanza et Philippe Chavasse et Maximin de Fontmichel et Marc Henry et Guillaume Tattevin, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2017, 1

⁷⁶ M. de Fontmichel, Le faible et l'arbitrage : Economica, 2013

⁷⁷ CJCE 26 octobre 2006, Claro

parties étant donné que la raison pour laquelle un moyen de droit n'aura pas été soulevé deviendrait alors sans importance. Cette solution permet également d'assurer une certaine sécurité juridique, puisque la défaillance d'une des parties ne pourrait pas nuire à la « justice » dont doit être empreinte la sentence arbitrage.

Appliqué à l'arbitrage en ligne, cette solution permettrait d'encourager encore plus le recours à l'arbitrage dématérialisé pour le consommateur. De plus, le professionnel profitera également de ce choix puisque ces garanties inciteront le consommateur à recourir à l'arbitrage selon la procédure en ligne visée par la clause compromissoire insérée au contrat, sans être préjudiciable pour le professionnel qui en bénéficiera également.

Ceux-là y trouveront ainsi une procédure assurant conformément aux avantages énumérés précédemment, une justice privée, ou l'égalité passe par l'équité.

II) Une procédure au financement adaptée à la participation d'un consommateur

A) Le recours à un tiers payeur

Bien que l'arbitrage soit reconnu comme une procédure moins onéreuse qu'une procédure classique devant les juridictions étatiques, il reste que le financement de cette procédure privée incombe aux parties. Si l'arbitrage en ligne se caractérise notamment par son caractère financièrement abordable de par l'absence de nombreux coûts, certains consommateurs peuvent être freinés dans leur action par les sommes qu'ils devront déboursier pour engager la procédure d'arbitrage.

Pour répondre à ce déséquilibre financier entre les parties, certaines institutions ont pour leur part mis en place des fonds de financement à l'image de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, ayant constaté que nombreux états étaient « *dissuadés de recourir à l'arbitrage international [...] parce qu'il leur est difficile [...] de réunir les fonds nécessaires pour couvrir les frais qui en résulteraient* »⁷⁸.

Bien que ce fond soit réservé au financement d'arbitrages mettant en cause des Etats, il semble que ce modèle puisse être intéressant, voir transposable au droit de l'arbitrage de consommation en ligne. En effet, pourquoi ne pas confier aux institutions arbitrales dématérialisée la mission

⁷⁸ Statut et Règlement du fonds d'assistance financière pour le règlement des différends internationaux, approuvé par le Conseil administratif de la CPA, 11 déc. 1995, § 2.

de créer des fonds de financement réservés aux consommateurs ? A la vue des coûts engendrés par une procédure dématérialisée, il pourrait sembler pertinent de prévoir une légère ponction sur les frais d'arbitrages entre professionnels, pour offrir aux consommateurs la possibilité de financer leur part de la procédure d'arbitrage. L'aide pourrait être proportionnée aux revenus du consommateur.

Face à cette contrainte financière est également apparu dans les pays anglo-saxons une véritable dynamique de spéculation sur la justice, avec la naissance du *third part funding*, financement spéculatif des actions en justice par des sociétés spécialisées.

Il s'agit donc pour un tiers de financer les frais d'instance, voire de représentation le cas échéant, du demandeur, en échange d'un pourcentage de ses gains. Le demandeur n'a ainsi rien à avancer, et en cas d'échec de la procédure, il ne s'expose à aucune perte puisque celles-ci sont à la charge du financeur. Ainsi cette méthode permet de financer l'accès à la justice et donc selon Lord Jackson, « *d'améliorer l'accès à la justice puisque céder une part de son dédommagement vaut mieux que ne pas être dédommagé du tout* »⁷⁹.

Cette méthode comporte cependant une faille. En effet, si le demandeur souhaite avoir recours au *third party funding* pour limiter ses risques, son financeur cherchera également à limiter les siens. Cela implique donc comme l'a détaillé F. Pelouze, co-fondateur d'Alter Litigation, qu'il y ait « *une grosse sélection. Lorsqu'une demande de financement nous parvient, nous analysons le bien fondé de l'action en justice, la solvabilité du défendeur et le montant des dommages réclamés* »⁸⁰.

Ainsi le consommateur s'il envisage d'avoir recours aux services d'un tiers financeur, restera soumis à une sorte de « premier jugement » de la part des financeurs pour savoir s'ils accepteront de le financer. Le demandeur avant de soumettre son litige à l'arbitre le soumet à son financeur. Le financeur endosse donc en quelque sorte un rôle de pré-arbitre puisque celui-ci ne financera pas d'action qu'il estime avoir peu de chances de réussite.

Il reste cependant à espérer que la faiblesse des coûts engendrés par l'arbitrage en ligne, face aux montants habituellement fournis par les financeurs à leurs entreprises clientes, leur permettra d'adapter leurs critères à l'ampleur du contentieux et d'aménager les critères de sélection de sorte que le financement soit facilité, quitte à augmenter la part de frais sur les

⁷⁹ Lord Justice Jackson, Review of Civil Litigation Costs, spéc. p. 117

⁸⁰ Alter Litigation ou le financement de contentieux par des tiers – Marine Babonneau – 4 avril 2013, Dalloz actualité

gains en fonction du « risque ». L'intérêt pour le financeur réside en la couverture des frais avancés par le pourcentage touché sur l'indemnisation du demandeur. Alors qu'il ressort des recherches de M. de Fontmichel que le financeur s'attribue entre 20% et 50% du dédommagement du financé⁸¹, il semble qu'à moins que le professionnel soit condamné au règlement intégral des frais d'arbitrage, la couverture des frais engagés par le financeur nécessitera que soit accordé un montant de dédommagement important au consommateur.

B) La charge des frais

De manière plus classique, une autre alternative permettant au consommateur d'accéder à l'arbitrage semble envisageable. Puisque l'arbitrage est un mode de résolution des litiges s'appuyant sur une compétence contractuelle, et que les procédures peuvent être aménagées, la charge des frais de la procédure devrait suivre la même voie. En effet, il peut être difficile pour le consommateur, demandeur à l'arbitrage, d'avancer les frais inhérents au démarrage de la procédure, même en ligne, alors que son cocontractant professionnel ne sera vraisemblablement pas freiné par cet aspect s'il venait à vouloir actionner la clause compromissoire. Si en droit interne, ce déséquilibre est réglé par le fait que du fait de l'inopposabilité, le consommateur sera le seul à pouvoir déclencher une procédure arbitrale, la question retrouve tout son sens en matière internationale.

Une solution qui pourrait être apportée à cette problématique est la conclusion d'une clause de prévision de la répartition des coûts entre les contractants, une clause dite *de fee shifting*. Ainsi, il pourrait être prévu par exemple que l'ensemble des frais de procédure soient mis provisoirement à la charge du professionnel, mais que celui-ci puisse en obtenir le remboursement en cas d'obtention de gain de cause.

Il pourrait également être prévu que les frais de l'arbitrage soient entièrement à la charge du professionnel. Cela poserait cependant deux problèmes. Certes, le consommateur serait ainsi libre de recourir à l'arbitrage, sans contrainte financière. Cependant, si l'ensemble des frais des procédures arbitrales de consommation étaient mis à la charge des professionnels, ceux-ci ne tarderaient pas à s'adapter, augmentant leurs tarifs pour couvrir d'éventuels frais d'arbitrage. Le résultat serait donc pour le consommateur, d'être amené à payer indirectement les procédures arbitrales. Le second inconvénient serait que d'un point de vue moral, faire peser

⁸¹ Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français – Maximin de Fontmichel – Rev. sociétés 2012. 279

l'ensemble des coûts de procédure sur les épaules d'un contractant (certes partie forte) alors même que celui-ci est défendeur semble relativement injuste. Cela reviendrait à permettre au consommateur, toujours couvert, de pouvoir intenter des actions dilatoires, tout en restant la charge des frais de procédure au professionnel. Ainsi, le professionnel, même en ayant obtenu gain de cause, serait contraint de payer une procédure qu'il n'a pas voulu, et ayant été considérée comme infondée du fait du rejet des prétentions du demandeur. Se pose également la question des frais de représentation et d'assistance occasionnés par la défense du consommateur. Il semblerait une fois de plus injuste qu'un professionnel ayant obtenu gain de cause soit tenu au paiement des frais de conseil de son adversaire.

La répartition des frais relevant du règlement d'arbitrage de l'institution saisie, à défaut de dispositions spécifiques prévues par les parties, il conviendra aux institutions d'opter pour la méthode de répartition des coûts qui sera la moins dissuasive pour le consommateur, sans pour autant lui permettre de mener sous couvert de faiblesse, des actions dilatoires à l'encontre du professionnel. A ce jour, les frais sont à défaut d'accord, le plus souvent partagés, ou répartis par le tribunal arbitral en fonction des « *circonstances qu'il juge pertinentes.* »⁸².

La création des fonds de financement évoqués précédemment, réservés aux consommateurs et financés par les entreprises, pourrait apporter une solution au problème, puisqu'une aide proportionnée, et peu importante à la vue du coût d'une procédure dématérialisée, permettrait au consommateur d'avoir accès à l'arbitrage en ligne quels que soient ses revenus.

Le financement de ces fonds par les entreprises n'offrirait pas seulement cette possibilité aux consommateurs, mais permettrait également aux professionnels d'éloigner le risque de se voir contraint de régler l'ensemble des frais.

La requête n'étant cependant le plus souvent considérée comme déposée que lorsque les frais d'avance requis par l'institution ont été déposés, ce fond pourrait notamment servir à financer ces frais lorsqu'un consommateur souhaite déposer une requête, pour lui permettre de ne pas avoir à les avancer et laisser la répartition des frais suivants, ainsi que le potentiel remboursement des frais avancés à la libre appréciation du tribunal arbitral.

⁸² Art.33, Règlement d'arbitrage e-Just

Chapitre 2 : La dématérialisation de l'instance arbitrale au bénéfice de la protection du consommateur.

La dématérialisation de l'instance arbitrale permet de centrer l'appréciation des faits sur la personne du consommateur (Section 1), et de lui faire bénéficier de l'absence d'élément de rattachement matériel (Section 2).

Section 1 : Une appréciation des faits centrée sur le consommateur

L'institution arbitrale en ligne via son règlement joue un rôle prépondérant dans la mise en place d'une procédure adaptée à la participation d'un consommateur (I), notamment quant à la détermination de la loi applicable au fond du litige (II).

I) Le rôle de l'institution arbitrale dans la mise en place de règles spéciales adaptées à la participation d'un consommateur

A) Une définition du consommateur basée sur sa propre culture juridique

Le consommateur partie à l'arbitrage interne est défini comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Ainsi le droit de la consommation s'applique à l'arbitrage interne dès lors que l'une des parties rentre dans cette définition. En matière internationale en revanche, la définition du consommateur peut varier, bien qu'il ressorte de manière générale que celui-ci soit défini comme une personne physique concluant un contrat hors du cadre de son activité professionnelle, avec une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle⁸³. Afin d'uniformiser l'acceptation de cette notion et d'identifier les relations contractuelles mettant en cause des consommateurs, les institutions d'arbitrage en ligne se sont adaptées et ont elles-mêmes posé dans leur règlement d'arbitrage une définition malléable du consommateur, le définissant par exemple comme « *toute partie répondant aux conditions d'une telle qualification selon le droit en vigueur à sa résidence habituelle* »⁸⁴. Ainsi la partie au contrat correspondant à la qualification de consommateur dans son pays de résidence habituelle sera

⁸³ Article 6 règlement Rome 1 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

⁸⁴ Article 2, règlement d'arbitrage e-Just

considérée comme telle dans le cadre de la procédure d'arbitrage, et le sera par rapport à sa propre culture juridique.

Cette disposition est relativement importante puisque les plateformes d'arbitrages en ligne sont directement accessibles depuis n'importe quel pays, pouvant avoir des visions différentes de la définition de consommateur.

B) L'impact de l'identité du consommateur sur le choix de la langue de l'arbitrage

L'identité du consommateur doit conditionner la langue choisie pour la procédure d'arbitrage. Celui-ci doit pouvoir suivre la procédure sans que la langue utilisée n'y fasse obstacle. Par exemple, le règlement d'arbitrage e-just prévoit que « *La langue de l'Arbitrage est celle prévue par les Parties ou, à défaut, celle dans laquelle la Convention d'Arbitrage est rédigée, pour autant qu'elle fasse partie des langues proposées par le Centre* »⁸⁵.

Cela signifie donc que la langue, outre la contrainte matérielle de la concordance avec la liste de langue offertes par l'institution d'arbitrage en ligne, relève du choix des parties. Elle est donc en principe le fruit d'une décision commune. A défaut la langue utilisée par les parties pour rédiger la clause sera celle de la procédure, elle sera donc une langue de facto maîtrisée par les deux parties. Cela permet donc de s'assurer que les deux parties comprennent la langue qui sera utilisée lors de la procédure. En l'absence de précisions ou en cas de clause pathologique, l'article renvoie automatiquement vers la langue de la résidence habituelle du consommateur. Ce choix loin d'être anodin vient permettre, de manière supplétive, au consommateur de ne pas pâtir de la mauvaise rédaction de la clause par le professionnel. Ainsi s'assure-t-on que le consommateur, partie faible, ne sera pas soumis au moindre aléa quant à la définition la langue applicable à la procédure qui sera donc, soit celle qu'il a choisi, soit celle de son lieu de résidence.

Le fait que la langue définie par défaut soit celle du consommateur peut cependant s'avérer problématique lorsque celle-ci ne coïncide pas avec les langues prévues par l'institution en ligne. Cependant ce risque est à relativiser puisqu'en cas de non concordance, et donc d'incapacité pour la plateforme d'arbitrage en ligne et pour les arbitres de poursuivre la procédure dans la langue du pays de résidence du consommateur, les parties pourront s'accorder sur une langue commune, et correspondant aux capacités de la plateforme, laquelle n'aurait pas été sollicitée si aucune des parties n'avait parlé les langues proposées par celle-ci.

⁸⁵ Article 13, règlement d'arbitrage e-Just

II) La détermination de la loi applicable au fond du litige

A) Une liberté de principe dans le choix de la loi applicable au fond du litige

En matière internationale, les parties sont en principe libres de soumettre leur convention au droit qu'elles souhaitent. Cependant, certaines sources de droit international comme le règlement Rome 1 à son article 6, laissent ce choix ouvert, à condition que soient respectés les règles impératives du lieu de résidence habituelle du consommateur. Cela implique donc de considérer que le contrat est en principe soumis au droit du lieu de résidence du consommateur, avec possibilité d'aménager les règles non impératives via leur soumission à un autre droit. Cependant ces dispositions sont de nature communautaire et donc, ont un champ d'application relativement limité.

Le caractère délocalisé, en plus d'être dématérialisé de l'arbitrage en ligne permet à l'arbitre de ne pas être tenu par des règles de conflit de loi, et donc, en fonction de l'existence ou non d'une loi choisie par les parties, de déterminer à quel droit devra être soumis le fond du litige. L'arbitre étant tenu par le choix des parties ne pourra cependant pas la modifier lorsqu'elle sera imposée par celles-ci⁸⁶. Le tribunal arbitral reste cependant tenu par les lois de police et l'ordre public international du lieu où sera demandé l'exequatur de la sentence ainsi que du siège de l'arbitrage pour être pleinement efficace et ne pas risquer d'être annulé par exemple.

L'arbitrage en ligne n'échappera pas à ces règles, c'est d'ailleurs pour cela que l'article 12 du règlement d'arbitrage e-just prévoit que ses dispositions quant à la loi applicable au fond s'appliqueront « *en l'absence d'accord entre les parties sur le droit applicable au fond* »⁸⁷.

Cependant, le dernier alinéa de cet article prévoit un renvoi à la loi du lieu de résidence du consommateur en cas d'absence d'accord des parties.

B) L'opportunité du renvoi à la loi du consommateur à défaut de volonté exprimée

Le choix de renvoyer au lieu de résidence habituelle du consommateur la loi applicable est une solution intéressante sur plusieurs plans. En effet, ayant une vocation supplétive et étant en parfait accord avec les dispositions du Code de procédure civile notamment, ce renvoi permet au consommateur de retrouver l'application d'un droit familial, uniquement s'il n'en a pas décidé autrement avec son cocontractant professionnel. Cela signifie donc que lorsque les

⁸⁶ Art. 1511, Code de procédure civile

⁸⁷ Art. 12, règlement d'arbitrage e-Just

parties, notamment le consommateur, n'ont pas estimé qu'un autre droit devait s'appliquer à leur relation contractuelle, c'est l'intérêt du consommateur qui primera et le droit de sa résidence habituelle sera appliqué d'office par l'arbitre.

Cette disposition permet également au consommateur d'être protégé par les dispositions du droit du pays où il réside et donc où il a l'habitude de passer des contrats de consommation. Celui-ci bénéficiera donc de sa protection habituelle, dans le cadre de la procédure d'arbitrage en ligne.

Enfin, l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur permet à l'arbitre de ne pas risquer de voir la sentence sanctionnée, puisqu'il respectera normalement les règles d'ordre public international du pays de résidence du consommateur, là où en cas de condamnation de ce dernier, le professionnel sera sûrement amené à effectuer une demande d'exequatur.

Section 2 : Une absence d'élément de rattachement matériel bénéficiant au consommateur

L'absence d'élément de rattachement matériel inhérent à l'arbitrage en ligne offre la possibilité de fixer un siège accessible au consommateur (I), et même plus largement de renvoyer de manière générale et supplétive au lieu de résidence habituelle du consommateur (II).

I) La possibilité de fixer un siège accessible au consommateur

A) Une liberté de principe dans la fixation du siège

En matière internationale, le recours à l'arbitrage en ligne possède un avantage important. En effet, le fait que l'ensemble de la procédure se déroule entièrement de manière dématérialisée permet à l'institution d'arbitrage de proposer un certain nombre de sièges pour l'arbitrage, qui ne seront pas forcément le lieu où l'institution est implantée, ou même le lieu où le tribunal délibèrera. L'absence de lien direct avec un ordre juridique défini permet à l'institution d'arbitrage dématérialisée une plus grande marge de manœuvre. Les parties disposent donc d'un certain nombre d'options quant à l'ordre juridique dans lequel ils veulent inscrire leur procédure d'arbitrage sans pour autant avoir à s'y rendre, de la même manière que dans le cadre d'une procédure arbitrale classique. Ainsi l'institution d'arbitrage en ligne s'appuie totalement sur la jurisprudence de la Cour de cassation permettant au tribunal arbitral d'officier dans un lieu autre

que celui du siège⁸⁸. Une liste de sièges est par ailleurs proposée par l'institution, puisqu'il convient d'être en mesure d'apprécier notamment l'arbitrabilité du litige par rapport au droit du siège, et donc, que la connaissance de celui-ci est impérative au tribunal arbitral voulant éviter une annulation par exemple ou bénéficiaire de l'office du juge d'appui.

B) L'importance du rôle supplétif de l'institution d'arbitrage dans la fixation du siège

Bien que l'action du consommateur puisse être facilitée par la dématérialisation de la procédure, le siège de l'arbitrage n'est pas sans effets sur le sort de celui-ci. En effet, si d'une part le consommateur est contraint de saisir le juge du siège en cas de recours en annulation, c'est également la loi du siège qui s'appliquera notamment quant à l'arbitrabilité. Il est donc important que le siège soit accessible au consommateur. Pour ce faire, il est possible de s'en tenir à la volonté de celui-ci lorsqu'il conclue une convention d'arbitrage dans laquelle est prévue le siège de l'arbitrage. Lorsque le choix de ce siège ne correspond pas aux règles prévues par l'institution d'arbitrage, ou tout simplement qu'il n'a pas été indiqué, le règlement d'arbitrage e-just prévoit un renvoi automatique à la résidence habituelle du consommateur. Ce choix comporte un double-intérêt. D'une part, cela permet au consommateur d'être proche du siège et donc du juge de l'annulation et du juge d'appui. Ainsi il n'aura pas de problème d'ordre matériel en cas de nécessité de contestations relatives à la procédure arbitrale notamment, et pourra être rassuré par cette proximité.

D'autre part, étant donné que le siège conditionne le droit applicable à l'arbitrabilité, il ressort que si les arbitres estiment le litige arbitral conformément à la loi du siège, et que la demande d'exequatur intervient dans le même pays, la sentence aura plus de chances de recevoir l'exécution.

II) L'opportunité du renvoi au lieu de résidence habituelle du consommateur

Alors que la procédure d'arbitrage en ligne est ouverte aussi bien sur le plan interne qu'international, dans ce second domaine certains choix pourraient avoir des conséquences néfastes pour les parties, et particulièrement pour la partie faible qu'est le consommateur, qui n'aura pas forcément les moyens de palier à un éloignement non choisi de certains éléments de la procédure arbitrale.

⁸⁸ Cass. Civ. 2^e 9 février 1994

Le renvoi supplétif au lieu de résidence habituelle du consommateur permet de lui faciliter l'accès à l'arbitrage. En effet, ce renvoi intervient à défaut de choix par les parties, et donc, à défaut de volonté précise exprimée par les parties, notamment par le consommateur, de définir les modalités de la procédure par rapport à tel ou tel droit applicable à la procédure, au fond du litige ou langue. Les modalités de l'arbitrage étant choisies par les parties, il semble en revanche problématique de rendre ce rattachement systématique et obligatoire, dans la mesure où cela pourrait être en contradiction avec la volonté et l'intérêt des parties. Le caractère dématérialisé de l'arbitrage entraîne une certaine absence d'éléments de rattachement matériels « naturels » pouvant influencer le tribunal arbitral dans la fixation des modalités de procédure. Ainsi celui-ci pourrait par exemple se rattacher à la nationalité des parties, au lieu où il délibérera, à la langue dans laquelle est rédigé le contrat, pour suppléer la volonté des parties, et définir notamment le siège, la langue de l'arbitrage ou le droit applicable au fond. Face à la présence à l'arbitrage d'une partie faible, le renvoi systématique à la notion de résidence habituelle est également le choix opéré par le règlement Rome 1, qui à son article 6 prévoit qu'à défaut de choix des parties, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du consommateur.

Le fait que l'institution d'arbitrage en ligne prévoit dans son règlement un régime supplétif mais adapté au consommateur a pour effet de rééquilibrer les forces au sein de la relation entre le consommateur et le professionnel. En effet, le caractère supplétif des dispositions permet d'abord un respect de la volonté des parties, puisque si celles-ci en ont décidé autrement, leur choix ne sera normalement pas contrarié. Cependant, la présence de ces dispositions assure une certaine sécurité au consommateur puisque si celui-ci n'a pas accepté une clause prévoyant expressément la localisation du siège dans un autre état, l'application d'une loi différente au fond du litige ou une langue spécifique, chacune de ces caractéristiques seront renvoyées à son lieu de résidence habituelle et donc, à son environnement physique, juridique et linguistique.

Il convient également de souligner qu'il n'est aucunement fait mention au sein de la « clause type »⁸⁹ disponible sur le site de la plateforme en ligne, de la loi applicable au fond du litige, de la langue de l'arbitrage ou du siège de l'arbitrage. Cela signifie donc qu'en cas de transposition telle quelle de la clause au sein du contrat, les trois informations n'étant pas renseignées, le régime supplétif devrait s'appliquer automatiquement et donc, consacrer une procédure dont le

⁸⁹ Voir supra (62)

siège se trouvera dans le pays de résidence du consommateur, appliquer sa loi au fond du litige, et user de la langue du consommateur.

Si cette articulation a pour effet d'offrir au consommateur un arbitrage se déroulant dans un environnement qui lui est familier et donc, faciliter son accès à l'arbitrage tout en assurant sa protection, ce choix n'est pas non plus sans intérêt pour le professionnel. En effet, celui-ci s'il venait à obtenir gain de cause et à faire condamner le consommateur au versement d'un dédommagement, disposera d'une sentence encrée dans l'ordre juridique du lieu de résidence habituelle du consommateur, lieu qui risque fortement d'être celui où il demandera l'exequatur de la sentence en raison de la présence fort probable du patrimoine du consommateur condamné.

Le renvoi supplétif au lieu de résidence habituelle du consommateur apparaît donc comme une solution bénéfique permettant la sauvegarde des intérêts du consommateur dans le rapport de force qui l'oppose au professionnel.

Cela encouragera donc le consommateur à confier le règlement des litiges qui l'opposeront à un professionnel à un tribunal arbitral, notamment dématérialisé, donc la procédure adaptée à sa participation répondra à ses attentes, tant sur le plan matériel et pratique, que sur celui de la protection dont il souhaite pouvoir bénéficier.

L'arbitrage en ligne devra donc ainsi être considéré comme un outil privilégié du règlement des litiges mettant en cause un consommateur.

BIBLIOGRAPHIE

Articles et Notes de Doctrine

- CLAY T., L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXIe siècle » : JCP G 2016
- De FONTMICHEL M. Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français – Rev. sociétés 2012. 279
- JARROSSON Ch., *La clause compromissoire (article 2061 C. civ.)*, Rev. Arb. 1992259
- JARROSSON Ch. « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », rev. Arb. 1990, p.381
- LOQUIN E., *Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire* J.-Cl. Procédure civile fasc. 1020
- MOTULSKY H., « L'arbitrage et les conflits du travail », Rev. arb. (1956)
- SERAGLINI Ch., *Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre*, Gaz. Pal. 15/12/2007, n349, p5
- VALMACHINO S., Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gazette du Palais - 11/01/2000 - n° 011 - page 6
- VIDAL D., Justice du XXIème siècle : l'impact de l'article 11 alinéa 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dans le domaine de l'arbitrage, Lexbase Hebdo édition privée n°681 du 22 décembre 2016
- WEILLER L., L'arbitrage du XXIe siècle, LexisNexis, JCProcédure

Manuels et Thèses et Colloques

- *Droit de l'arbitrage interne et international*, Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHEIDT, Monchrestien 2012 p14.
- *Droit français de l'arbitrage interne et international*, D. VIDAL, Gualino 2012
- *Droit judiciaire privé*, L. CADIET et E. JEULAND, LexisNexis, 2016
- *Colloque du 9 mai 2016 - Etude par Caroline Duclercq et Carine Jallamion et Daniel Mainguy et Walid Ben Hamida et Achille Ngwanza et Philippe Chavasse et Maximin de Fontmichel et Marc Henry et Guillaume Tattevin*, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2017, 1
- M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage* : Economica, 2013

Jurisprudence

- Cass. Civ. 10 juillet 1843, *Prunier*
- Cass. 1^{re} Civ. 20 décembre 1993, *Dalico*
- Cass. 1^{re} Civ. 21 mai 1997, *Jaguar*
- Cass. 1^{re} Civ. 5 janvier 1999, *Zanzi*
- Cass. 1^{er} Civ. 30 mars 2004, *Rado*
- CJUE 26 octobre 2006, *Claro*
- Cass. 1^{er} Civ. 30 juin 2016

Sources de Droit Internationales

- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 1958
- Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation
- Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation



Autres

- Règlement d'arbitrage e-Just, février 2017, www.ejust.fr
- *Etude Impact Assessment Study* – Commission européenne, 2011
- Sénat, *Examen du Règlement (UE) n° 524/2013* par la commission des affaires européennes du 03/10/2012
- *L'opinion des français sur la Justice*, Infostat Justice, Janvier 2014
- *Les chiffres clés de la justice 2016*, Ministère de la justice
- URVOAS J-J., *Exposé des motifs Amendement du Gouvernement n° CL159*, 30 avr. 2016
- Exposé des motifs, LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle

Table des matières

INTRODUCTION	3
PREMIERE PARTIE : UNE ALTERNATIVE REpondant AUX BESOINS DU CONSOMMATEUR	9
CHAPITRE 1 : UNE ALTERNATIVE OFFERTE PAR LE DROIT POSITIF.....	9
<i>Section 1 : Une solution rendue possible par l'ouverture de l'arbitrage au consommateur en droit interne.</i>	9
I) L'évolution du droit positif en matière d'arbitrabilité des litiges de consommation	9
A) L'évolution de la prohibition des clauses compromissaires	9
B) L'ouverture de l'arbitrage au non professionnel par la loi Justice XXI	11
II) L'inopposabilité de la convention d'arbitrage au service de la protection du consommateur	12
A) L'inopposabilité de la convention d'arbitrage offrant un droit d'option au consommateur	12
B) Une solution venant se substituer aux dispositions du Code de la consommation.	14
<i>Section 2 Une possibilité en accord avec le droit français de l'arbitrage international.</i>	15
I) Un recours à l'arbitrage permis par le droit français de l'arbitrage international.....	15
A) La non-applicabilité de l'article 2061 du Code civil ancien en matière internationale.....	15
B) La prééminence de la notion d'opération économique internationale	16
II) Une protection du consommateur mise au second plan.....	18
A) Un outil pouvant se montrer inadapté au règlement des litiges mettant en cause un consommateur ...	18
B) Une application peu probable des dispositions du nouvel article 2061 du Code civil en matière internationale.....	19
CHAPITRE 2 : LA DEMATERIALISATION DU CONTENTIEUX AU SERVICE DU CONSOMMATEUR.....	20
<i>Section 1 : Un arbitrage international moins contraignant pour la partie faible</i>	20
I) L'arbitrage en ligne comme réponse aux litiges nés du commerce électronique.	20
A) Une relation contractuelle dématérialisée.....	20
B) Un contentieux dématérialisé	21
II) Une procédure moins contraignante pour le consommateur	23
A) Un palliatif partiel apporté à l'éloignement physique des parties à l'arbitrage	23
B) Un outil de défense des droits du consommateur	24
<i>Section 2 : Un arbitrage domestique plus accessible</i>	25
I) Une procédure répondant aux besoins des consommateurs	25
A) Une procédure à la durée définie et aux coûts prévisibles	25
B) Une interface simple et accessible reprenant des codes familiers au consommateur	26
II) Un recours à l'arbitrage assurant la protection des intérêts du consommateur.....	27
A) L'application des dispositions protectrices du consommateur par le tribunal arbitral.....	27
B) Une nécessité d'exequatur peu probable	28
SECONDE PARTIE : UNE NECESSITE D'AMENAGEMENT AUX EXIGENCES INHERENTES A LA NATURE DU CONTENTIEUX	31
CHAPITRE 1 : UN DROIT DE L'ARBITRAGE ADAPTE AU SERVICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR.	31
<i>Section 1 : Une convention d'arbitrage au régime encadré</i>	31
I) Un indispensable formalisme autour de la convention d'arbitrage	31
A) La nécessité d'une convention écrite	31
B) L'entrée dans le champ d'une obligation précontractuelle d'information pesant sur le professionnel ...	33
II) Le consentement du consommateur placé au premier rang.....	35
A) Un double consentement à l'arbitrage.....	35
B) Une absence de consentement faisant obstacle à l'effet négatif du principe de compétence-compétence	36
<i>Section 2 : Une pratique arbitrale nécessairement adaptée</i>	37
I) Un arbitre en mesure de pallier à l'absence de représentation obligatoire	37
A) Une procédure pouvant sembler peu propice à la participation d'un avocat.....	37
B) Un arbitre au service des parties	38
II) Une procédure au financement adaptée à la participation d'un consommateur	40
A) Le recours à un tiers payeur	40
B) La charge des frais	42

CHAPITRE 2 : LA DEMATERIALISATION DE L'INSTANCE ARBITRALE AU BENEFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR.	44
<i>Section 1 : Une appréciation des faits centrée sur le consommateur</i>	44
I) Le rôle de l'institution arbitrale dans la mise en place de règles spéciales adaptées à la participation d'un consommateur	44
A) Une définition du consommateur basée sur sa propre culture juridique	44
B) L'impact de l'identité du consommateur sur le choix de la langue de l'arbitrage.....	45
II) La détermination de la loi applicable au fond du litige.....	46
A) Une liberté de principe dans le choix de la loi applicable au fond du litige	46
B) L'opportunité du renvoi à la loi du consommateur à défaut de volonté exprimée	46
<i>Section 2 : Une absence d'élément de rattachement matériel bénéficiant au consommateur</i>	47
I) La possibilité de fixer un siège accessible au consommateur	47
A) Une liberté de principe dans la fixation du siège	47
B) L'importance du rôle supplétif de l'institution d'arbitrage dans la fixation du siège	48
II) L'opportunité du renvoi au lieu de résidence habituelle du consommateur	48