

Sommaire

| | |
|--|------|
| Introduction..... | p.3 |
| I.La garantie de l'effectivité de l'action de groupe, cheval de bataille du législateur..... | p.8 |
| A.L'exemple de la <i>class action</i> américaine : la némésis du législateur français..... | p.8 |
| B.L'introduction de l'article L.423-25 du Code de la consommation : la volonté du législateur d'éviter les écueils de la <i>class action</i> américaine..... | p.10 |
| II.Une action de groupe au champ d'application trop limité, entraînant la nécessaire mise en place d'un arbitrage de groupe..... | p.16 |
| A.La <i>class action</i> à la française limitée par ses propres dispositions..... | p.16 |
| B.De la possibilité et de l'intérêt de la création d'un arbitrage de groupe..... | p.23 |
| Bibliographie..... | p.32 |

L'action de groupe telle que créée par la loi du 17 mars 2014 est le fruit de trente ans de propositions législatives et demandes présidentielles.

Chantal Jannet¹, secrétaire nationale de la Fédération Familles rurales et ancienne présidente de l'Union féminine civique et sociale rappelle que les premières demandes des associations à ce que soit instaurée une action de groupe datent de 1975, soit environ 15 ans après la création des premières associations de consommateurs.

L'action de groupe doit par ailleurs beaucoup aux professeurs de droit, qui ont longtemps plaidé pour l'introduction d'une action permettant le règlement des préjudices de masse et l'existence d'une action collective en droit français. Car c'est ce qu'est une action de groupe : l'action de groupe est une action de masse, qui permet à un groupe de consommateurs ayant subis de « petits » préjudices, de pouvoir saisir un juge. L'action de groupe se veut le garant de l'effectivité des droits des consommateurs. Déjà en 1984 et en 1985, Jean Calais-Auloy propose, dans le cadre de la Commission de refonte du droit de la consommation, « d'instituer une action nouvelle qui pourrait être appelée action de groupe »². Puis en 1990, la même Commission, toujours présidée par Jean Calais-Auloy, réaffirme sa volonté de reconnaître une action de groupe en droit français.

Les auteurs de doctrine ne sont cependant pas les seuls à s'intéresser à l'action de groupe.

En 1981, Madame Lalumière, ministre de la Consommation, émet un intérêt pour la procédure de recours collectif dans le cadre d'une action de groupe. En 1985, une proposition de loi déposée sous l'influence de M. Caballero portait également sur la procédure de l'action collective. Mais c'est sous le mandat de Jacques Chirac, de 2002 à 2007, que les intérêts pour l'action de groupe se ravivent. En 2003, Luc Chatel remet au gouvernement un rapport parlementaire, « De la conso méfiance à la conso confiance », dans lequel il est fait état de la nécessité d'un recours collectif. Puis, le 4 janvier 2005, dans son allocution à l'occasion de ses vœux aux « forces vives » de la Nation, Jacques Chirac réitère son souhait de voir garantie l'effectivité des droits des consommateurs « Il faut enfin donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits »³. A la suite d'un rapport d'un groupe de travail présidé par Messieurs Cerutti et Guillaume, remis en décembre 2005, de

1 C. Jannet, Qualité pour agir, Gaz. Pal., 16 mai 2013, n°136.

2 J. Calais-Auloy, Vers un nouveau droit de la consommation. Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation, avr. 1985, La Documentation française, p.131.

3 L. Leveneur, Action de groupe, droit de la consommation et droit des assurances, R.L.D.C., 2006.33.

nombreuses propositions de lois sont adoptées dès 2006. Un projet de loi est également déposé en novembre 2006, mais celui-ci essuie de nombreuses critiques, en particulier en raison de son champ d'application trop restrictif.

Se succèdent donc les propositions et projets de lois, sans qu'aucune action de groupe ne soit jamais consacrée. Comme l'énonçait Loïc Cadiet dans son discours d'ouverture du colloque consacré aux « actions de groupe, implications processuelles et substantielles », en 2006, « voilà maintenant plus de vingt ans qu'en France, nous parlons de l'action de groupe »⁴. Laurent Martinet et Antoine du Chastel, en 2009, qualifient d'ailleurs l'introduction de l'action de groupe de « mythe de Sisyphe », retenant qu'elle « n'a jamais dépassé le stade du projet de loi »⁵.

Il faudra attendre 4 ans de plus pour qu'un rapport tire enfin son épingle du jeu. Il s'agit du rapport d'information au nom de la Commission des lois, remis le 26 mai 2010. Ce rapport, élaboré par des parlementaires d'horizons politiques différents consiste en un rapport de compromis. C'est ce rapport qui pose les bases de l'action de groupe telle qu'instaurée par la loi du 17 mars 2014.

Le travail fait sur l'action de groupe en droit français est inspiré des législations européennes et étrangères qui avaient déjà mis en œuvre une action de groupe. Le premier modèle est la *class action* américaine : premier pays à avoir instaurer le principe du recours collectif, les parlementaires ne s'en sont pas tant inspirés, eu égard aux dévoiements d'une telle action. Suivant le modèle américain, la Grande-Bretagne a fait elle aussi le choix de prévoir dans son droit interne une procédure d'action collective, « l'action de groupe ». La France a également pris exemple sur le Québec, dont le « recours collectif » est en vigueur depuis 1978, ou encore l'Italie et le Portugal.

Mais c'est sous l'influence du droit européen que la France a véritablement fait le choix d'introduire l'action de groupe dans son droit. La Commission européenne avait présenté le 27 novembre 2009 son Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, qui visait à évaluer la situation des Etats européens en matière de recours lorsqu'un nombre important de consommateurs est susceptible d'être victime d'une même infraction d'un professionnel implanté dans l'Union européenne. Parmi des propositions faites pour permettre une meilleure effectivité du droit, une concernait l'instauration d'une procédure de recours collectif. A cette époque, la Commission européenne n'impose pas encore aux Etats que ceux-ci se dotent d'une procédure de recours collectif : il s'agit seulement de proposer des moyens de rendre plus effectifs les dispositions déjà

4 L. Cadiet, Ouverture : les implications en droit processuel, RLDC 2006/32, n° 2286

5 L. Martinet, A. du Chastel, Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe, Petites affiches, 10 mars 2009, n° 49, p. 6.

existantes. Mais l'idée d'une action collective paraît déjà être une solution aux problèmes de reconnaissance des droits des consommateurs.

C'est en 2013 que la Commission européenne impose que les Etats membres de l'Union européenne se dotent de mécanismes de recours collectifs : « Tous les Etats membres devraient disposer, tant pour les actions en cessation que pour les actions en réparation, de mécanismes nationaux de recours collectifs qui respectent les principes fondamentaux énoncés dans la présente recommandation. Ces principes devraient être communs à tous les Etats membres de l'Union, tout en respectant leurs traditions juridiques propres. Les Etats membres devraient veiller à ce que les procédures de recours collectif soient objectives, équitables et rapides, sans que leur coût soit prohibitif ».

A partir de 2012 déjà, la nouvelle majorité avait enclenché l'introduction de l'action de groupe dans le système juridique français. Elle est alors intégrée au projet de loi relative à la consommation, et le 17 mars 2014, la loi n°2014-344 relative à la consommation, dite « loi Hamon », est définitivement adoptée. Après trente ans de débats, de projets, de consultations, l'action de groupe fait enfin son entrée dans le système juridique français.

L'action de groupe trouve sa place dans le Code de la consommation, aux articles L.423 et suivants. Elle prévoit une procédure judiciaire ouverte aux consommateurs qui ont subi un préjudice matériel en raison du manquement d'un ou plusieurs professionnels à leurs obligations contractuelles ou légales découlant d'un contrat de vente ou de prestation de services. Comme on peut le voir, le champ d'application de l'action de groupe est très restreint. Cela résulte d'un choix du législateur d'introduire en premier lieu une action limitée, mais aussi d'un besoin de temporisation du patronat. Les préjudices matériels dus à une inexécution d'obligations légales ou contractuelles sont également plus simple à chiffrer pour le juge, et ce champ d'application constitue un bon cadre pour un test de l'action de groupe, avant de l'étendre à d'autres matières.

La qualité à agir constitue également un point intéressant de l'action de groupe : celle-ci est réservée aux associations de défense des consommateurs, représentatives au niveau national et agréées par l'Etat. Seules les associations de défense des consommateurs sont autorisées à représenter les consommateurs dans le cadre d'une action de groupe. La restriction de la qualité à agir a été voulue pour que les consommateurs aient confiance dans l'action de groupe : les associations de consommateurs existent pour garantir leurs droits, les consommateurs seront donc incités à les saisir en cas de dommages. Par ailleurs, les associations de consommateurs peuvent fournir des conseils

juridiques gratuits par le biais de leurs juristes, et elles sont plus faciles à aborder pour un consommateur qu'un avocat. Cette qualité à agir a donc été pensée pour que rien n'empêche le consommateur d'exercer ses droits, et en particulier son droit à obtenir réparation, même pour un « petit » dommage.

La procédure mise en place par le Code de la consommation en matière d'action de groupe est exclusivement judiciaire, justement pour garantir le respect des droits du consommateur. Le juge est d'ailleurs présent à chaque étape de la procédure : il statue sur la recevabilité de la demande, la responsabilité du professionnel, il détermine le groupe, fixe le montant de la réparation, ordonne les mesures de publicité... (articles L.423-1 à 5).

Toutes les étapes de la procédure sont déterminées : l'action de groupe a été voulue extrêmement encadrée pour garantir l'effectivité des droits des consommateurs.

L'action de groupe a été voulue comme protégeant au maximum les intérêts des consommateurs, pour leur permettre un exercice réel de leurs droits. Ainsi, il n'existe aucune étape procédurale conventionnelle, à l'exception de la phase de médiation prévue à l'article L.423-15. L'écartement de toute convention permet de s'assurer que le consommateur, partie faible, ne risque de se voir priver de ses droits à l'occasion d'une transaction, ou d'une procédure d'action de groupe conventionnelle. D'ailleurs, dans le cadre de la médiation, les consommateurs ne prennent pas part à la médiation : seule l'association « peut participer à une médiation », selon les termes de l'article L.423-15.

Cette volonté d'écarter toute résolution du litige par voie de convention entre le professionnel et le consommateur est d'autant plus flagrante au regard de l'article L.423-25 du Code de la consommation. Celui-ci dispose qu' « est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe ». Cela signifie donc qu'est réputée non écrite toute clause qui aurait une incidence sur le droit d'action du consommateur. La rédaction de l'article L.423-25 rappelle d'ailleurs celle de l'article R132-1 qui prévoit que « sont présumées abusives (...) les clauses ayant pour objet ou pour effet de (...) supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. ».

Seraient donc ainsi visées les clauses d'arbitrage, et les clauses prévoyant la résolution des litiges par un mode alternatif de règlement des conflits, comme les clauses de conciliation, clauses qui ne seront pas abordées dans cette étude.

Il convient de s'interroger sur l'intérêt d'une telle disposition : pourquoi réputer non-écrites les clauses qui interdiraient à un consommateur de participer à une action de groupe ? Pourquoi écarter, sans qu'aucune exception ne soit faite, toute introduction d'une clause d'arbitrage dans les contrats susceptibles de faire l'objet d'une action de groupe ?

La raison de cette interdiction est claire : l'action de groupe a été introduite pour que les consommateurs puissent faire valoir leurs droits, et surtout pour voir réparer de « petits » préjudices, préjudices qui sans cette action ne feraient pas l'objet d'une action en justice. Les sommes à déboursier et sont dans ces cas là bien trop importantes comparées à la réparation qui peut être octroyée. En réputant non-écrites les clauses d'arbitrage, le législateur préserve l'effectivité de son dispositif, et de ce fait, garantit aux consommateurs l'usage sans restrictions de leurs droits (I).

Il est vrai qu'en droit de la consommation, les clauses d'arbitrage ont d'abord été considérées comme abusives, à moins que soit apportée la preuve contraire (article R.132-1 du Code de la consommation), puis depuis la réforme de l'article 2061 du Code civil, nulles. Pourtant, bien que ces clauses aient été écartées, les actions de groupe ne se sont pas pour autant développées de manière exponentielle. L'action de groupe est même vue comme un échec par un certain nombre d'auteurs. De ce fait, les clauses d'arbitrage ne sont pas les seuls freins à la mise en œuvre d'une action de groupe. Même, l'introduction d'une clause d'arbitrage encadrée pourrait pallier les carences de l'action de groupe (II).

I. La garantie de l'effectivité de l'action de groupe, cheval de bataille du législateur

L'action de groupe en droit français a été introduite par la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon. S'inspirant des pays européens, l'action de groupe en droit français présente des spécificités. Le législateur a souhaité éviter le plus possible de tomber dans les écueils du droit américain de la *class action* (A). La volonté affichée du législateur de garantir le droit au consommateur de participer à une action de groupe s'est traduite par l'introduction dans le Code de la consommation de l'article L.423-25. Cet article répute nulles toutes les clauses qui par leur objet ou leur effet interdisent au consommateur de participer à une action de groupe. L'article L.423-25 visant ainsi les clauses d'arbitrage, il conviendra de voir quelles sont les implications de l'insertion d'un tel article sur le droit de la consommation, interne et international (B).

A. L'exemple de la *class action* américaine : la némésis du législateur français.

Les *class actions* sont nées aux Etats-Unis dès le milieu du XIXe siècle, quand des Etats ont permis aux citoyens d'intenter une action groupée s'ils pouvaient démontrer un intérêt commun au regard de la loi ou des faits. Les premières lois fédérales ont été prises en 1938, pour permettre aux citoyens d'intenter une *class action* au niveau fédéral. Une réforme a eu lieu en 1966, faisant passer la *class action* du système d'opt-in au système d'opt-out. A partir de cette réforme, tous les consommateurs qui se trouvent dans des conditions similaires à celles des personnes formant la *class* sont considérées comme faisant partie du groupe. La sortie du groupe doit faire l'objet d'une demande expresse. C'est à partir de ce moment que se sont développées les *class actions* de grande envergure⁶.

Aux Etats-Unis, les *class actions* sont menées par des avocats, appliquant le principe du « *no win, no fees* », comparable au pacte de quota litis interdit en droit français : les avocats ne seront payés que s'ils gagnent la *class action*, en prélevant un pourcentage souvent important des dommages-intérêts octroyés aux consommateurs membres de la *class action*. Ce pourcentage peut monter jusqu'à 30% du total des sommes allouées aux membres de la *class action*. Comme le souligne Laurie Weberman⁷, en droit américain, les avocats avancent tous les frais : expertises, enquêtes, déplacements, pour la *class action*. Voulant rentrer dans leurs frais, ceux-ci n'hésitent pas à fixer des honoraires de résultats indécents, diminuant de beaucoup les indemnités allouées aux

⁶ L. Boré, Quelques curiosités de l'action de groupe à la française, R.D.C., 15 juin 2015, n° 02.

⁷ T. J. White, X. Hastings, La *class action* et ses conséquences sur le cours des affaires, Petites Affiches, 13 déc. 2009, n°249, p.7.

membres du groupe.

Considérant l'ampleur que peut prendre une *class action* aux Etats-Unis, par le nombre de personnes concernées grâce au principe d'opt-out, et également en raison de l'octroi par le juge américain de *punitive damages*, des dommages-intérêts punitifs prohibés par le droit français car en contradiction avec le principe de réparation intégrale, de nombreux avocats attirés par les gains substantiels se sont engouffrés dans la brèche, et le système n'a pas tardé à être dévoyé. Comme l'expliquent Jean Calais-Auloy et Henri Temple⁸, la compétence exclusive des associations de consommateurs agréées a été prévue pour « éviter les dérives du système américain, qui permet aux cabinets d'avocats de fabriquer des procédures artificielles dont ils sont les principaux bénéficiaires ».

Les avocats américains ont également dévoyé le système en recherchant les juridictions et les juges les plus favorables aux *class actions*. S'est peu à peu mis en place un forum shopping, qui consiste pour les avocats à introduire les actions de groupe devant les juridictions qui leur assurent les plus importants montants d'indemnisation. Comme l'explique à nouveau Laurie Weberman, les avocats ont tendance à aller dans le sud des Etats-Unis, car « les jurés y accordaient des dommages et intérêts beaucoup plus importants que d'autres jurés d'États différents ».

Pour contrer la montée grandissante des *class actions*, et les sommes colossales qui y sont attachées, les entreprises américaines ont peu à peu inséré des clauses d'arbitrage individuelles dans leurs contrats de consommation, imposant explicitement la compétence d'un tribunal arbitral en cas de litige. Pour Daniel Mainguy⁹, dans son ouvrage L'action de groupe en droit français, ces clauses ont été instaurées pour rendre « plus complexes et coûteuses les *class actions* ».

Effectivement, à la différence du droit français, les litiges en droit américain interne de la consommation ont été déclarés arbitrables, dans un arrêt *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth* (473 U.S. 614 (1985)).

Mais au delà de l'insertion de clauses compromissaires individuelles, les juges américains ont admis qu'une « *class action* regroupant les actions de plusieurs consommateurs pouvaient se dérouler devant un tribunal arbitral, validée par un juge californien (*Keating v Superior Court* 167 Cal. Rptr. 481 (Cal. Ct. App. 1980)), puis par la Cour Suprême des Etats-Unis en 2003, dans un arrêt *Green Tree Financial Corp. V Bazzle* j(02-634) 539 U.S. 444 (2003), augmentant de manière considérable le nombre de *class arbitrations* ». Ainsi, les *class arbitrations* ont pris le pas sur les *class actions*, augmentant considérablement le coût de l'action pour les consommateurs, et réduisant donc le nombre d'actions introduites. Les nombreuses associations d'arbitrage, telles que l'AAA et JAMS

⁸ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 9e édition

⁹ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français*, après la loi Hamon du 17 mars 2014, Guide Pratique, Gazette du Palais, Lextenso Editions

ont mis en œuvre des procédures spécifiques, des règlements pour les *class arbitrations*. Ce qui devait être un moyen pour les consommateurs de faire valoir leurs droits a été dévoyé.

Plus encore que le détournement opéré par les avocats américains, c'est véritablement l'introduction des clauses d'arbitrage individuelles dans les contrats et l'ouverture des *class arbitrations* qui a poussé le législateur à interdire tout recours à l'arbitrage en matière d'action de groupe. Il paraît en effet inique d'instaurer une action destinée à offrir aux consommateurs une meilleure effectivité de leurs droits, pour ensuite limiter cet exercice dans le cadre d'une action unique, que les consommateurs ont rarement choisie.

B. L'introduction de l'article L.423-25 du Code de la consommation : la volonté du législateur d'éviter les écueils de la *class action* américaine

L'article L.423-25 du Code de la consommation dispose qu' « Est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe ». Cet article consacre ainsi l'inarbitrabilité de l'action de groupe : qu'est ce que l'inarbitrabilité ? L'inarbitrabilité c'est l'impossibilité de soumettre un litige d'une certaine matière, comme le droit des brevets, à l'arbitrage. Cela signifie qu'une action de groupe au sens du droit français ne peut être présentée et réglée par un arbitre. Il existe une compétence réservée aux juges étatiques.

Cette inarbitrabilité s'exprime par plusieurs dispositions : l'article L.423-1 « peut agir devant une juridiction civile », L.423 et suivants ne font référence qu'au juge (donner des exemples d'articles ». Tous les modes alternatifs de règlement des litiges ne sont cependant pas exclus : la médiation est prévue aux articles L.423-15 et 16. L'existence d'un mode alternatif de règlement des litiges prévu au cœur même du texte permet également d'en déduire que le législateur a volontairement évincé toute possibilité de voir une action de groupe se dérouler devant un arbitre.

L'on pourrait être tenté de penser que l'article L.423-25 du Code de la consommation entraîne également une inarbitrabilité plus large du droit de la consommation. Ce n'est pourtant pas le cas, qu'il s'agisse du droit interne de la consommation, ou du droit international.

En droit interne de la consommation, la question de la validité des clauses d'arbitrage a été réglée par l'article 2061 du Code civil, qui prévoit que « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Les clauses compromissoires étant valides dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, il a été déduit que celles-ci sont nulles dans les contrats qui n'ont pas

été conclus à raison d'une activité professionnelle, donc les contrats de consommation. Comme le rappellent M. Seraglini et M. Ortscheidt dans leur ouvrage Droit de l'arbitrage interne et international, le critère de l'activité professionnelle avait d'ailleurs été choisi pour protéger les consommateurs. L'introduction de l'article L.423-25, qui répute nulles les clauses qui interdiraient le droit pour un consommateur de participer à une action de groupe vient justifier la vision défendue par Messieurs Seraglini et Ortscheidt dans leur livre, présentant l'article 2061 du Code civil comme posant une nullité relative de principe, pour laquelle l'article L.132-1 du code de la consommation ne constituerait pas une exception, en ce qu'il serait une « disposition législative particulière », idée partagée par M. Jarroson pour qui « *il vaut mieux laisser de côté l'article L. 132-1 du Code de la consommation, car il ne réussit pas à se frayer une place utile, c'est-à-dire à s'appliquer de façon cohérente au regard de l'esprit du nouvel article 2061* »¹⁰.

Si cette position réitérée par l'article L.423-25 du code de la consommation n'apporte finalement pas une nouvelle interdiction des clauses compromissaires dans les contrats de consommation, il s'agit tout de même de la confirmation de l'éviction de ces clauses dans les contrats de consommation. Il faut donc considérer les articles L.132-1 et R.132-1, transposant la directive sur les clauses abusives de 1993, comme ne s'appliquant plus en matière de contrats de consommation. La clause compromissoire dans les contrats de consommation interne est réputée non écrite aux termes de l'article L.423-25 et nulle selon ceux de l'article 2061 du Code civil : la démonstration du caractère abusif de la clause n'a plus lieu d'être. Les clauses compromissaires sont écartées d'office.

Les conventions d'arbitrage comprennent également les compromis d'arbitrage. A la différence des clauses compromissaires, ceux-ci ont toujours été acceptés par le législateur français, sans qu'il existe une protection particulière du consommateur. Le compromis est la convention par laquelle des parties en litige décident de faire trancher celui-ci par un ou plusieurs arbitres, alors que le litige est déjà né. En pareil cas, comme le notent Jean Calais-Auloy et Henri Temple¹¹, « *le danger d'un engagement irréfléchi est beaucoup moins grand, même de la part d'un non-professionnel. Il en résulte que le compromis, à la différence de la clause compromissoire, est valable quelle que soit la qualité des contractants* ». Il a également été jugé que le compromis d'arbitrage n'est pas une clause d'un contrat entre professionnel et consommateur¹². N'étant pas une clause d'un contrat, le compromis d'arbitrage ne peut être assujéti aux dispositions relatives aux clauses abusives. De fait, le compromis d'arbitrage ne peut également pas être soumis à l'article L.423-25 du code de la

10 C. Jarroson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G, n° 27, 4 Juillet 2001, doct. 333

11 J. Calais-Auloy, H. Temple, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 9e édition

12 Civ. Ire, 25 février 2010, D. 2010. AJ 651 ; RTD civ. 2010. 323, obs. Fages

consommation, celui-ci ne visant que les clauses. L'article L.423-25 n'a donc pas de conséquences sur la validité des compromis d'arbitrage.

Si les effets de l'article L.423-25 du code de la consommation sont mitigés en droit interne, celui-ci pourrait cependant avoir plus de conséquences sur en droit international de la consommation.

En droit international de la consommation, il a été jugé par un arrêt Jaguar de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 21 mai 1997¹³, que l'article 2061 ne pouvait trouver d'application. Les clauses compromissaires dans ces contrats sont donc valables. La Cour d'Appel, puis la Cour de Cassation, reprenant les motifs de l'appel, estiment le litige arbitral en dépit de l'éventuelle applicabilité de la réglementation protectrice du consommateur, et rappellent le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage¹⁴.

Cette exception a par la suite été réaffirmée le 30 mars 2004 dans un arrêt Rado c. Painwebber¹⁵ de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation. La Cour de cassation a effectivement estimé que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement nulle, les juges français n'avaient pas compétence pour décider de son application. Ainsi, suivant le principe de compétence-compétence, il appartenait à l'arbitre de décider de l'arbitrabilité du litige. La Cour de cassation, saisie par la suite, a alors confirmé l'arrêt Jaguar.

Donc, en droit international de la consommation, le juge français ne pourra écarter la clause d'arbitrage que si celle-ci est manifestement nulle. Sinon, en application du principe de compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, et donc de déterminer lui-même la validité de la clause, et de fait l'arbitrabilité du litige¹⁶. Par l'application de ce principe, il a été décidé de l'arbitrabilité des litiges en droit international de la consommation.

Cependant, l'article L.423-25 du Code de la consommation pourrait être considéré comme un indice pour considérer que le législateur français tend à écarter le principe d'arbitrabilité des litiges en droit international de la consommation. Cet article, comme tous les articles du Code de la consommation en droit français, est considéré comme une loi de police en matière internationale. Cela signifie qu'en droit international privé, le juge étranger l'appliquera, quand bien même la loi régissant le contrat n'est pas la loi française, si comme l'explique le Professeur Mayer, « *son propre législateur*

13 Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Rev. arb. 1997.537, note Gaillard ; RTD com. 1998.330

14 H.-J. Nougéin, R. Dupeyré, Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage, Guide Pratique, Gazette du Palais, Lextenso Editions

15 Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, arrêt 554 F-P, Gros c/ Sté Painwebber, D. 2004.2458, note I. Najjar

16 E. Loquin, La validité de la clause compromissoire internationale conclue par un consommateur : de la non application de l'article 2061 à l'arbitrage international à l'illusoire contrôle par le juge français de l'arbitrabilité des litiges internationaux au regard... , RTD com. 2004. 447

le lui permet ou le lui ordonne »¹⁷.

Cependant, en arbitrage international, l'arbitre n'a pas de for, pas de règles de conflit de lois, pas de législateur pour lui permettre ou lui ordonner d'appliquer une loi de police étrangère. Lorsque la loi de police est différente de la loi régissant le contrat (la *lex contractus*), l'arbitre n'a aucune obligation d'appliquer cette loi de police.

Messieurs Mainguy et Clay ont considéré, dans un article¹⁸, que l'article L.423-25 ne constituait pas une menace à l'arbitrabilité des litiges en droit international de la consommation. Ils rappellent d'ailleurs que les grandes entreprises américaines, telles Dropbox ou eBay, ont immédiatement ajouté une clause compromissoire dans leurs conditions générales de vente, en application du « système » développé au-dessus, selon lequel l'arbitre est libre d'appliquer ou non les lois de police édictés par un pays étranger. Le caractère de loi de police de l'article L.423-25 du Code de la consommation ne remet ainsi pas en cause l'arbitrabilité des litiges en droit international de la consommation.

Mais cette vision n'est pas partagée par tous les auteurs. Selon Maximim de Fontmichel, dans sa thèse Le faible et l'arbitrage¹⁹, reprenant un raisonnement développé également par M.Seraglini dans sa thèse Lois de police et justice arbitrale internationale, « *C'est par le biais de la contrariété ou de l'absence de contrariété à l'ordre public international que l'arbitre doit résoudre la question de l'application des lois de police étrangères à la lex contractus. Or, précisément, il a été démontré que les règles de validité et d'efficacité de la clause compromissoire, insérée dans les contrats impliquant des parties faibles, composent cet OPI* ».

L'article L.423-25 du Code de la consommation, loi de police, prévoit qu' « est réputée non écrite tout clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe ». Réputant nulles les clauses compromissoires, en ce qu'elles pourraient avoir pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe, il s'agit bien d'une règle de validité et d'efficacité de la clause compromissoire, telle que visée dans le raisonnement de M. Seraglini, composant l'ordre public international. Selon cette vision de l'application des lois de police, pour ne pas voir sa sentence en contrariété avec l'ordre public international, l'arbitre devrait appliquer aux litiges en droit international de la consommation les dispositions de l'article L.432-25. Le raisonnement développé par Messieurs Seraglini et Fontmichel n'est pas absolu et ne saurait primer sur les autres principes d'applicabilité des lois de police étrangères. Pourtant, s'il ne s'agit pas d'une remise en cause du principe de validité des clauses compromissoires et d'arbitrabilité des

17 P. Mayer, Les lois de polices étrangères, Clunet, 1981.

18 D. Mainguy, T. Clay, Arbitrage et Action de groupe, JCP G, 11 mai 2015, n°19-20

19 M. de Fontmichel, Le faible et l'arbitrage, préf. Th. Clay, Economica, 2013

litiges en droit international de la consommation, l'introduction de l'article L.423-25 pourrait tout de même être considéré comme un indice de la volonté du législateur français de bannir progressivement toute arbitrabilité en droit de la consommation.

L'inarbitrabilité posée par l'article L.423-25 pose un problème en matière de reconnaissance des *class arbitrations* rendues à l'étranger. Le juge français, pour admettre l'exequatur, vérifie que le jugement ou la sentence arbitrale ne heurte pas l'ordre public international français, mais également que ceux-ci ont été rendus en accord avec les lois de police françaises. L'on pense alors aux *class arbitrations* : comment l'exequatur peut-il être octroyé alors même que le principe d'une *class arbitration* est contraire aux lois de police françaises, en particulier l'article L.423-25 ? Il s'agit donc de se demander quel avenir le juge français réserve aux *class arbitrations* dont l'exequatur est demandée en France.

En matière de reconnaissance des jugements étrangers, le juge français peut refuser l'exequatur pour préserver les principes de droit français sur deux fondements : la fraude et l'ordre public. La fraude pourra être constituée lorsque le juge estime que le lien de rattachement entre le litige et le pays dans lequel la décision a été rendue est artificiel, seulement créé afin de profiter d'un système légal étranger. Cependant, le juge français ne condamne pas l'abus de forum shopping : celui-ci n'est pas par principe prohibé²⁰, la théorie du *forum non conveniens*²¹ ne s'appliquant pas en droit français. Les juridictions françaises « *se refuse(nt) à sanctionner la saisine d'un juge plus éloigné du litige par rapport au juge français, mais compétent par ailleurs* »²². De ce fait, il paraît difficile pour le juge de se fonder sur la fraude pour refuser l'exequatur d'une *class arbitration*, quand bien même le rattachement du litige avec le droit américain qui permet cet arbitrage serait artificiel.

Pour autant, le juge français pose également de l'exception d'ordre public pour refuser l'exequatur d'une décision étrangère : il convient d'appliquer cette même exception à la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère. Comme l'explique Madame Marie-Laure Niboyet²³, l'exception d'ordre public doit être appréhendée du point de vue de l'ordre public procédural, si l'on s'attache à rechercher la contrariété d'une décision étrangère avec les principes procéduraux français. Au

20 P. Vareilles-Sommières P., Le forum shopping devant les juridictions françaises, Travaux comité fr. DIP 1998–2000, p. 49

21 CJCE, 1er mars 2005, Owusu, D., 2006, p. 1259, obs. C. Nourissat ; Rev. Crit. DIP, 2005, p. 698, note C. Chalas ; JDI, 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; Europe, 2005, comm. 189, obs. L. Idot ; Gaz. Pal., 2005, n° 147, p. 31, note M.-L. Niboyet. En droit français : Civ. 1re, 1er juill. 2009, JCP G, 2009, p. 123, obs. E. Cornut ; D., 2009, p. 1899, obs. I. Gallmeister.

22 L. Kanté, L'arrêt Morrison : vers la fin du forum shopping en matière boursière ?, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal n° 1, Octobre 2011, 8

23 M.-L. Niboyet, Action de groupe et droit international privé, R.L.D.C. 2006. 32.

regard de l'ordre public procédural français, la reconnaissance d'une *class arbitration* semble problématique : l'article L.423-25 interdit expressément toute arbitrabilité de l'action de groupe en droit interne français. Toute reconnaissance d'une *class arbitration* irait à l'encontre de l'ordre public procédural français. Pourtant, ne pas admettre l'exequatur d'une *class arbitration* en France consiste également à confirmer, par une règle matérielle, le refus de l'arbitrabilité de l'action de groupe. Or cette action étant assez récente, il paraît inopportun d'écarter dès à présent toute possibilité de voir des arbitrages collectifs se mettre en place.

Les juges français pourraient, au regard de l'ordre public procédural français, refuser l'exequatur d'une *class arbitration*. Mais ce n'est pas là ni l'intérêt des consommateurs français, ni des juridictions françaises. Avec l'introduction de l'action de groupe, il semble évident que le droit français s'avance vers une expansion des litiges collectifs. Cela est d'autant plus vrai avec la prochaine entrée en vigueur de l'action de groupe « santé », et l'action de groupe « discrimination ». Dans ces conditions, l'intérêt d'une action de masse menée devant un tribunal prendrait tout son sens, et encore plus au regard des limites déjà existantes de l'action de groupe au sens du code de la consommation.

II. Une action de groupe au champ d'application trop limité, entraînant la nécessaire mise en place d'un arbitrage de groupe

En introduisant l'action de groupe dans le système juridique français, le législateur a avancé à petits pas. Il a avant tout voulu une action très encadrée, avec un champ d'application restreint. Mais ces choix sont la raison même de l'échec des actions de groupe en France : sur cinq actions de groupe introduites depuis la loi Hamon, seule une a entraîné une indemnisation des consommateurs. Et encore, cette indemnisation n'est intervenue qu'en raison de la signature d'un accord transactionnel. En voulant protéger au maximum les droits des consommateurs, le législateur a finalement créé une action de groupe qui n'a que peu d'effets, et dont les dispositions limitent elles-mêmes le droit du consommateur à participer à cette action (A). L'opportunité de créer un arbitrage de groupe est donc réelle pour pallier les inefficacités de l'action de groupe (B).

A. La *class action* à la française limitée par ses propres dispositions

Le législateur français, en introduisant l'article L.423-25, a pensé interdire l'arbitrabilité des actions de groupe afin de garantir le droit du consommateur de participer à une action de groupe. Cette inarbitrabilité est cependant contournable.

Par ailleurs, si l'insertion d'une clause compromissoire aurait pu empêcher le consommateur de participer à une action de groupe, il convient de remarquer que les dispositions de l'action de groupe elles-mêmes sont susceptibles de restreindre l'accès à l'action de groupe.

On pourrait effectivement estimer que la rédaction de l'article L.423-25 du code de la consommation, réputant nulles uniquement les « clauses ayant pour objet ou effet d'interdire l'accès à une action de groupe », doit être interprétée restrictivement, en ce sens que seules les clauses compromissoires, insérées dans les contrats de consommation visés par le code de la consommation seraient concernées par cette sanction. Ainsi les conventions d'arbitrage, détachées du contrat de consommation principal, seraient considérées comme valables. Cette interprétation va dans le sens de l'acceptation par la jurisprudence française des compromis d'arbitrage, ne reconnaissant pas à ces conventions le caractère de clause insérée dans le contrat²⁴. De ce fait, à l'instar des compromis d'arbitrage, les conventions d'arbitrage détachées des contrats de consommation ne pourraient être soumises aux dispositions des articles L.132-1 et L.423-25 du code de la consommation.

24 Civ. Ire, 25 février 2010, D. 2010. AJ 651 ; RTD civ. 2010. 323, obs. Pages

Le droit pour le consommateur de participer à une action de groupe est tout d'abord limité par la catégorie de dommages susceptibles d'être réparés. Le deuxième alinéa de l'article L.423-1 dispose que « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ». L'action de groupe à la française a été instaurée comme un seul mécanisme de réparation, tendant à indemniser le consommateur pour les dommages matériels qu'il aurait subis du fait de l'inexécution par le professionnel d'une obligation légale ou contractuelle. Les dommages moraux, corporels ou immatériels ne sont pas visés par le code de la consommation. Le consommateur ne peut donc voir réparer dans le cadre d'une action de groupe que les dommages matériels qu'il a pu subir du fait de l'inexécution par le professionnel d'une obligation légale ou contractuelle. Cela signifie que la réparation des autres préjudices devra être demandée devant les juridictions civiles, selon les dispositions de l'article L.423-22 du Code de la consommation : « L'adhésion au groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge mentionnée à l'article L. 423-3 ou d'un accord homologué en application de l'article L. 423-16 ».

Cette restriction du champ d'application de l'action de groupe est compréhensible : le législateur l'a voulue restreinte, avant de l'étendre au fur et à mesure à d'autres préjudices et dommages²⁵. Mais de ce fait, le consommateur qui a subi un préjudice matériel et un préjudice corporel va donc devoir soit diviser son action, en menant une à titre individuel devant les juridictions civiles et l'autre dans le cadre de l'action de groupe. Cependant, il est fort peu probable que ce cas de figure se présente. En effet, comme l'exprime Stéphane Piedelièvre, « *on peut se demander quel est alors son intérêt à passer par l'action de groupe* »²⁶. Au lieu de scinder son action, le consommateur va plutôt renoncer à sa participation à l'action de groupe, afin de concentrer ses demandes dans la même procédure. Il paraît aujourd'hui aberrant, lorsque l'on connaît les délais pour obtenir un jugement, de voir ces temps doublés en engageant deux procédures. D'autant plus que la nécessité de déterminer le groupe, de statuer sur la responsabilité du professionnel et sur une réparation équivalente pour chaque consommateur risque d'être bien plus long pour un consommateur que d'entamer une action civile à titre individuel. En outre, le consommateur qui a subi tout préjudice autre que matériel sera contraint d'engager une action individuelle. Les préjudices susceptibles d'être réparés, très restreints, posent un premier obstacle à l'effectivité de l'action de groupe.

La qualité à agir dans le cadre d'une action de groupe est exclusivement réservée à « une association

25 M. Bacache, Les spécificités de l'action de groupe en droit de la santé, D. 2016, p. 64.

26 S. Piedelièvre, La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe, Gaz. Pal., 29 mars 2014, n°088.

de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L.411-1 (du Code de la consommation) », comme le dispose l'article L.423-1 du Code de la consommation. Cette compétence exclusive des associations de défense des consommateurs a été voulue par le législateur pour éviter les écueils et détournements de l'action de groupe qui ont pu avoir lieu aux Etats-Unis.

Cependant, le fait de concentrer en les seules mains des associations de consommateurs la qualité à agir pose certaines difficultés susceptibles de remettre en cause l'objectif principal de l'action de groupe, c'est-à-dire, selon Madame Caroline Pelletier, « pallier l'inertie procédurale individuelle des consommateurs qui subissent des préjudices patrimoniaux de faible importance »²⁷.

Tout d'abord, une difficulté apparaît quant au nombre d'associations ayant la qualité à agir. Effectivement, seules les associations disposant de l'agrément de l'article L.411-1 du Code de la consommation sont autorisées à introduire une action de groupe et à représenter le groupe lors de cette action, et les conditions nécessaires à son obtention sont nombreuses et complexes à réunir²⁸.

La restriction de la qualité à agir est également problématique au regard des choix entre les actions de groupe que pourraient faire certaines associations de consommateurs. En effet, le législateur n'a pas imposé aux associations de défense des consommateurs d'entamer toute action de groupe dès que des plaintes leur sont adressées : aux termes de l'article L.423-1 du Code de la consommation, l'association « peut agir ». Dans le même sens, si l'association estime qu'une médiation est plus appropriée, sa mise en œuvre lui appartient : « Seule l'association requérante peut participer à une médiation » (article L.423-15). Même si l'accord trouvé est soumis à l'homologation du juge, « qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer », le rôle de filtre²⁹ des associations de consommateurs est tout de même discutable. Cela pourrait être considéré comme une limite au droit de participer à une action de groupe du consommateur, droit consacré et garanti par le législateur, en réputant non écrites les clauses qui priveraient le consommateur de son effectivité.

Le choix dans les actions de groupe pourrait se faire en raison du caractère médiatique de ces actions, qui se manifeste également par la publicité obligatoire de la décision judiciaire. C'est en raison de ce caractère médiatique que certaines associations de défense des consommateurs risquent de ne pas franchir le pas. Quelle serait l'image de ces dernières si l'action de groupe venait à

27 C. Pelletier, Bien fondé des actions de groupe engagées in « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », R.D.C., 15 juin 2015, n°2.

28 A. Guégan-Lécuyer, La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations, Gaz. Pal., 16 mai 2013, n°136, p. 23 et s.

29 C. Jannet, Gaz. Pal., 16 mai 2013, n°136.

échouer ? De nombreuses conséquences pourraient en découler : une perte de notoriété et de crédibilité ; une perte financière importante ; une baisse des adhérents ; et peut-être à terme le non-renouvellement de l'agrément (l'article L.411-1 du Code de la consommation impose pour les associations nationales un minimum de 10 000 membres cotisant individuellement). Ces risques en feraient reculer plus d'une, réduisant encore le déjà petit nombre d'associations ayant qualité à agir. Le caractère médiatique de l'action de groupe fait naître un autre problème, cette fois ci concernant les associations de défense des consommateurs qui auront fait le choix d'introduire une action de groupe. Certaines associations seront effectivement tentées de choisir leurs dossiers, leurs actions de groupe, assujettissant les intérêts des consommateurs à des considérations politiques. Car si les risques liés à l'échec d'une action sont importants pour une association, les bénéfices à tirer de la réussite d'une telle action sont d'autant plus grands, permettant ainsi de faire la lumière sur un sujet sensible, et d'attirer l'attention des pouvoirs publics³⁰.

Le choix des dossiers ne sera pas uniquement fait au regard de choix politiques : ils résulteront aussi parfois des obligations statutaires de l'association, qui sera alors limité par son propre objet.

La restriction de la qualité à agir aux seules associations de consommateurs est également problématique au regard du coût d'une action de groupe. Si le coût de l'information des consommateurs, nécessaire à leur déclaration d'adhérer au groupe, a été mise à la charge du professionnel dont la responsabilité est établie (article L.423-4), restent tout de même à la charge de l'association tous les frais afférents à la procédure (honoraires d'avocats, expertises, etc.) jusqu'au remboursement par le professionnel. Il paraît ainsi peu probable qu'une association de consommateurs puisse mener deux ou plusieurs actions de groupe de front, réduisant une nouvelle fois la possibilité pour les consommateurs de faire valoir effectivement leurs droits. Pour reprendre Mesdames Azar-Baud et Carval « *Le risque n'est pas seulement que les actions de groupe ne trouvent pas leurs consommateurs, mais aussi que de nombreux consommateurs ne trouvent pas leur action de groupe* ».

L'ineffectivité de l'action de groupe française est aussi à due au système d'opt-in choisi par le législateur français. Ce système implique que le consommateur doit manifester son intention, sa volonté d'adhérer au groupe « défini par le juge », lorsque ce dernier statue sur la recevabilité de l'action et la responsabilité du professionnel.

30 M. J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation, D. 2015., p. 2136.

Le principe d'opt-in ne paraît pas compatible avec la mission du juge de détermination du groupe. Selon l'article L.423-3 du Code de la consommation, le juge détermine le groupe lorsqu'il statue sur la recevabilité de l'action, sur la responsabilité du professionnel, sur les préjudices réparables et sur le montant de l'indemnisation. C'est également lors de cette décision que le juge fixe les délais pendant lesquels les consommateurs peuvent adhérer au groupe (L.423-4). Comment le juge peut-il déterminer le groupe sans que l'ensemble des consommateurs aient fait part de leur volonté ou non d'adhérer au groupe ? Cela est d'autant plus étonnant au regard de son devoir de fixer le montant de la réparation : les sommes que devra allouer le professionnel seront définitivement différentes si le groupe est composé de trente ou de trois cent personnes. Cela est encore plus flagrant dans les cas où le nombre de consommateurs susceptibles de faire partie du groupe est impossible ou presque à connaître. Il suffit de prendre l'exemple d'un supermarché qui aurait vendu un produit avarié dans tous ses magasins, sur une certaine période. Avoir une idée de l'ampleur du groupe est dans ce cas extrêmement compliqué. Cette complexité s'accroît également par le fait que, selon le système d'opt-in, certains des acheteurs concernés ne souhaiteront pas participer à l'action de groupe et préféreront engager une action individuelle, ou même n'engageront aucune procédure.

Mais cette abstraction est encore plus difficile à appréhender pour le professionnel : sa responsabilité est engagée à l'égard de consommateurs qui ne sont même pas encore partie à l'action de groupe. Au-delà de ne pas pouvoir prévoir le montant global de l'indemnisation (ou le coût pour lui d'une réparation en nature), le professionnel se retrouve à indemniser des consommateurs auxquels il ne pourra opposer aucun moyen de défense : ceux-ci ont été exposés devant les consommateurs-témoins, qui ne sont pas obligatoirement représentatifs du groupe. Sa responsabilité est engagée envers tous les membres du groupe. Comme le soulève Monsieur Patrice Hilt³¹, la procédure d'opt-in choisie par le législateur serait susceptible de porter atteinte au principe du contradictoire. Le groupe étant déterminé abstraitement par le juge au moment de la décision sur la mise en jeu de la responsabilité du professionnel, ce dernier est confronté « à l'anonymat de ses contradicteurs ». La possibilité pour le professionnel de faire valoir ses droits face à des consommateurs dont il ignore tout, y compris le bien-fondé de leur demande à titre individuel, paraît compromise. Messieurs Depincé et Mainguy estiment que l'article L.423-12 trouverait à s'appliquer dans le cas où le professionnel voudrait opposer des moyens de défenses aux consommateurs composant le groupe. Cet article prévoit que le juge pourra être saisi en cas de

31 P. Hilt, L'action de groupe consacrée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : peut-on s'en satisfaire ?, Gaz. Pal., 24 mars 2014, n°114.

« difficultés » dans l'exécution de la décision. Selon les auteurs, il conviendra pour le professionnel de déterminer et de présenter ses différents moyens de défense, et demander au juge à ce qu'ils soient réservés puis opposés aux membres du groupe lors de cette deuxième décision³².

Le système d'opt-in implique également que pour que le consommateur fasse part de sa volonté de participer à l'action de groupe, il ait eu connaissance de l'existence de l'action de groupe. Les mesures de publicités sont prononcées et mises à la charge du professionnel dont la responsabilité a été engagée. De plus, ni le Code de la consommation, ni la circulaire du 26 septembre 2014 ne donnent d'indications sur la nature de ces mesures de publicités. Le Code de la consommation dispose seulement que « le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe ». Ces mesures de publicité peuvent donc être de toute sorte : affichage, emails, parution dans un journal d'annonces légales... Il appartient aussi au juge de fixer le délai pendant lequel les consommateurs pourront demander à être inclus dans le groupe. Ce délai est compris entre deux et six mois. On l'aura compris, les mesures de publicité sont susceptibles de concerner tous les modes de communication, et le délai pour que le consommateur fasse part de sa volonté d'être membre du groupe est conséquent. Toutefois, il est probable qu'un consommateur ne soit pas averti. En ce cas, même si les voies de droit commun sont toujours ouvertes au consommateur, celui-ci ne pourra plus faire valoir ses droits dans le cadre de cette action de groupe ou d'une nouvelle. L'article L.423-23, en effet, prévoit que « n'est pas recevable l'action prévue à l'article L.423-1 lorsqu'elle se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet du jugement prévu à l'article L.423-3 ou d'un accord homologué en application de l'article L.423-16 ». Le système d'opt-in serait donc susceptible de priver certains consommateurs de leur droit à participer à une action de groupe, droit que le législateur a pourtant voulu garantir en écartant l'arbitrage de la procédure d'action de groupe.

En outre, c'est la simple efficacité des actions de groupe soumises au système d'opt-in qui doit être remise en cause. Comme le souligne Monsieur Louis Boré (Quelques curiosités de l'action de groupe à la française in « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », R.D.C., 15 juin 2015, n°2), dans les pays appliquant un tel système, seul un très petit pourcentage des consommateurs rejoignait le groupe (entre 5 et 10%). La *class action* américaine a suivi pendant près de 30 ans le système d'opt-in, et l'on a pu constater que dès le remplacement dans le code fédéral de la règle de l'opt-in par la règle de l'opt-out, les *class actions* de grande envergure ont émergé.

32 M. Depincé, D. Mainguy, J.-Cl. Consommation, Fasc. 15, 20 mars 2014.

Le système d'opt-in est plus protecteur du droit de ne pas agir en justice, mais il convient de se demander s'il sert réellement les intérêts de l'action de groupe et des consommateurs. Il impose au consommateur de manifester sa volonté d'adhérer au groupe, écartant du rayonnement de l'action de groupe les consommateurs non-avertis, ou ceux qui trouvent la procédure de déclaration vaine et fastidieuse. Or, la force de l'action de groupe réside dans la taille du groupe, dans le nombre de consommateurs formant le groupe. Car l'action de groupe a à la fois un objectif de réparation des préjudices subis par les consommateurs des comportements, du fait d'un comportement imputable au professionnel, mais aussi un objectif de dissuasion pour les autres professionnels. Une action de groupe composée d'une trentaine de consommateurs aura un impact bien moins fort sur les entreprises, étant donné que le juge ne peut ordonner que l'indemnisation des préjudices matériels, et qu'il ne peut pas prononcer de dommages-intérêts punitifs, à la différence du juge américain. Plus l'action de groupe comptera de membres, plus le montant total de la réparation à la charge du professionnel sera important, plus les autres professionnels seront incités à abandonner leurs comportements délictueux.

Le droit de participer à une action de groupe, qui a valu l'éviction de l'arbitrabilité de cette action et des clauses compromissaires est mis à mal par les dispositions mêmes de la loi du 17 mars 2014.

Par ailleurs, le principe même d'écarter les clauses compromissaires qui interdiraient au consommateur de participer à une action de groupe n'a d'intérêt que s'il s'applique en droit international, étant donné que les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation internes sont déjà considérées comme nulles. Il y a pourtant de grandes chances que ce principe d'inarbitrabilité soit écarté en droit de l'arbitrage international.

Comme l'on a pu le voir, l'introduction de l'article L.423-25 dans le Code de la consommation pourrait être un indice de la volonté du législateur français de voir les contrats de vente et de prestation de services internationaux sortir du champ d'arbitrabilité.

Cependant, la probabilité pour qu'un arbitre applique l'article L. 423-25 dans le cadre d'un arbitrage international et décline sa compétence est très faible, voire inexistante. Bien que l'article L.423-25 soit une disposition du Code de la consommation, et à ce titre une loi de police quand on le transpose à la matière internationale, rien n'oblige l'arbitre à l'appliquer au litige, quand bien même son inapplication constituerait une contravention à l'ordre public international. En droit français de l'arbitrage, les règles sont posées par la jurisprudence, qui développe des règles matérielles. Ces règles matérielles n'existent donc que lorsque les juridictions françaises ont été saisies. Pour l'application des lois étatiques impératives à un litige, l'arbitre prend en considération les possibles exequatur ou annulation de sa sentence. Or, dans le cadre d'un litige international de consommation,

soit le professionnel étranger est condamné, et le consommateur va demander l'exequatur devant le juge étatique du professionnel. L'on voit mal un consommateur français qui aurait obtenu réparation devant le tribunal arbitral, aller ensuite devant le juge de l'annulation pour faire reconnaître l'inarbitrabilité du litige en raison de l'invalidité de la clause. De ce fait, il est fort peu probable que les juges français aient un jour à se pencher sur la question de l'application à l'arbitrage international des dispositions de l'article L.423-25 du Code de la consommation.

B. De la possibilité et de l'intérêt de la création d'un arbitrage de groupe

Comme l'on a pu le voir, la licéité des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation dépend du caractère international ou interne de celui-ci. La validité des clauses d'arbitrage en droit de la consommation est établie depuis l'arrêt Jaguar rendu par la Cour de cassation en 1997. Cet arrêt, confirmé ensuite par l'arrêt Rado c. Painvewebber de 2004, a écarté l'application de l'article 2061 du Code civil en arbitrage international. L'arbitrabilité des litiges de consommation en droit international ne posant pas de problème particulier, l'on s'attachera donc dans cette étude à déterminer les possibilités de créer un arbitrage collectif en droit interne de la consommation.

En droit interne, l'article 2061 s'applique : les clauses d'arbitrage ne sont valables que dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. L'insertion d'une clause compromissaire dans un contrat de consommation de droit français est donc purement proscrite.

Par ailleurs, afin de préserver le droit pour les consommateurs de participer à une action de groupe, le législateur a introduit l'article L.423-25 qui répute non-écrite toute clause qui, par son objet ou son effet, interdit à un consommateur de participer à une action de groupe. Se trouve ici le nœud du problème : il s'agit de s'interroger sur la possibilité de prévoir une clause d'arbitrage de groupe, alors même que les clauses d'arbitrage sont réputées nulles dans les contrats de consommation. Autrement dit, il se pose la question de savoir s'il est possible de mettre en place une arbitrabilité de l'action de groupe alors que celle-ci a été exclue du domaine de l'arbitrage.

Tout d'abord, il convient de vérifier si l'action de groupe a véritablement été exclue du domaine des litiges arbitrables. L'article L.423-25 répute non-écrites les clauses qui ont pour objet ou effet d'interdire la participation d'un consommateur à l'action de groupe. Donc, par une lecture extensive et interprétative de l'article, ne seraient pas réputées nulles les clauses qui prévoiraient un arbitrage de groupe, sans pour autant priver le consommateur de son droit à participer à une action de groupe. L'article L.423-25, par sa rédaction restrictive, peut être ainsi neutralisé sans que les droits du consommateurs soient bafoués.

La coordination d'un arbitrage de groupe avec l'article 2061 du Code civil semble cependant plus complexe. Comme l'on a pu l'énoncer plus haut, l'article 2061 reconnaît uniquement la validité des clauses compromissoires contenues dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Dès lors, les clauses compromissoires contenues dans les contrats de consommation sont considérées comme nulles. Mais l'article 2061 prévoit tout de même que cette validité/nullité est subordonnée à l'existence de « dispositions législatives particulières » qui ne prévoiraient pas l'inverse : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Cela signifie que si une disposition spéciale impose une autre règle, le principe de nullité de la clause compromissoire peut être écarté. Et il serait judicieux de considérer que l'article L.423-25 du Code de la consommation est une des « dispositions législatives particulières » visées par l'article 2061³³. L'articulation entre ces deux dispositions ne heurterait d'ailleurs pas l'esprit du texte de l'article 2061, tel que défini par le législateur. Celui-ci voulait garantir la protection de la partie faible au contrat. Ici, une clause compromissoire qui proposerait un choix d'action au profit uniquement du consommateur ne pourrait contrevenir à l'esprit de l'article 2061. La protection du consommateur serait toujours assurée, car le droit d'action de celui-ci ne disparaît pas, bien au contraire : il dispose d'un nouveau moyen de faire valoir ses droits.

Par ailleurs, l'articulation de ces deux normes, l'une étant considérée comme une disposition spécifique faisant exception au principe de l'autre, est possible eu égard aux effets de la sanction des clauses compromissoires. L'article 2061 prévoit la nullité des clauses compromissoires conclues dans les contrats de consommation de droit interne. Cette nullité est relative : seule la clause d'arbitrage sera annulée, et l'annulation n'aura pas d'effet sur le contrat principal, en application de l'article 1147, alinéa 2 du Code de procédure civile qui répute non écrite la clause compromissoire nulle. L'article L.423-25 de son côté répute nulles les clauses qui interdisent au consommateur de participer à une action de groupe. Les sanctions de ces deux dispositions sont semblables, ce qui rend leur articulation d'autant plus simple.

La reconnaissance de l'article L.423-25 comme disposition législative particulière permet ainsi d'écartier la nullité de principe des clauses compromissoires en droit interne de la consommation : ne seront réputées non écrites que les clauses compromissoires qui interdiraient au consommateur de participer à une action de groupe. Les clauses compromissoires instaurant un choix, uniquement au

33 J. Papadopoulos, N. Capelle, Proposition d'une convention d'arbitrage collectif en France, *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, oct. 2015., n°1.

profit du consommateur entre un arbitrage de groupe et une action de groupe ne seraient pas concernées par cette sanction. Il s'agirait donc d'insérer dans les contrats de consommation des clauses optionnelles, au seul profit du consommateur. Cela signifierait que seul le consommateur pourrait choisir entre participer à une action de groupe ou à un arbitrage de groupe, et que ce choix s'imposerait au professionnel. A l'inverse, le professionnel, dans le cas où le consommateur aurait choisi de prendre part à une action de groupe, ne pourrait opposer la clause compromissoire. Ce système d'inopposabilité de la clause d'arbitrage est déjà appliqué en droit du travail³⁴, et rien n'empêche de l'étendre au droit de la consommation.

Etant au seul profit du consommateur, les clauses d'arbitrage optionnelles seraient donc unilatérales. La validité de ces clauses a été discutée au regard de la définition de la clause d'arbitrage donnée par l'article 1442, al. 2 du Code de procédure civile : « La clause compromissoire est la clause par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ». Effectivement, une clause d'arbitrage optionnelle, et qui plus est au seul profit d'une des parties, ne constitue pas un engagement strict des parties à soumettre leur litige à l'arbitrage³⁵. Cependant, la validité de telles clauses a été soutenue par la cour d'appel d'Angers, ainsi que la Cour de cassation, statuant sur une clause laissant la possibilité à une de parties exclusivement de saisir une juridiction étatique (néerlandaise en l'espèce) ou une juridiction arbitrale³⁶. Pour les considérer valides, la Cour de cassation exige que ces clauses puissent être qualifiées de clauses créant des obligations alternatives : leur bénéficiaire ne doit pouvoir s'en libérer qu'en exécutant l'une ou l'autre des obligations. A défaut de caractère alternatif, la Cour de cassation les juge nulles³⁷.

Dans le cas d'une clause compromissoire qui permettrait au consommateur de choisir entre une action de groupe ou un arbitrage de groupe, il s'agit bien d'une clause optionnelle unilatérale. Le consommateur est libre de choisir entre participer à une action de groupe ou à un arbitrage de groupe. Le consommateur a deux obligations alternatives.

Par ailleurs, le fait pour le consommateur d'avoir le choix entre ces deux actions ne le prive pas de toute action à titre personnel. Si le consommateur a fait le choix de participer à une action de groupe, les dispositions du Code de la consommation lui permettent de ne pas y adhérer. En effet, si

34 Cass. Soc., 30 nov. 2011, Pourvois n° 11-12.905 et 11-12.906

35 E. Loquin, La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelles bilatérales, R.T.D. Com., 2013. 478.

36 Angers, 25 sept. 1972, Rev. Arb. 1973. 164, note J. Rubellin-Derichi ; Civ. 1Re, 15 mai 1974, Bull. Civ. I, n°122.

37 Civ. 1Re, 26 sept. 2012 n° 11-26.022, D. 2012. 2876, note D. Martel ; ibid. 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2013. 256, note D. Bureau ; RTD com 2013. 383, obs. P. Delebecque ; RTD eur. 2013. 292-24, obs. C. Lonchamp et Colin Reydellet ; JDI 2013. 175, note C. Brière ; Cah. arb. 2013/2, chron. J. Barbet.

les conditions de réparation fixées par le juge ne lui conviennent pas, il peut, selon le système d'opt-in, décider de ne pas y adhérer. Il peut également, s'il a pris part à l'action de groupe, demander devant les juridictions civiles la réparation des préjudices qui n'auront pas fait l'objet d'une réparation lors de l'action de groupe (article L.423-22).

La clause d'arbitrage optionnelle unilatérale proposée ici donne au consommateur le choix d'agir dans le cadre d'une action de groupe ou dans le cadre d'un arbitrage collectif, la possibilité pour le consommateur d'agir à titre individuel étant toujours réservée s'il fait le choix de l'action de groupe. Cette clause a le mérite d'être en accord avec l'article L.423-25 du Code de la consommation, mais comme ont pu le soulever P. Capelle et J. Papadopoulos, elle pose également de nombreux problèmes en matière procédurale, en particulier le risque d'un dédoublement de l'action et de décisions contradictoires si un arbitrage collectif et une action de groupe étaient menés dans le même temps.

La clause optionnelle qu'ils proposent écarte ces difficultés d'articulation des sentences et des actions, mais semble incompatibles avec les dispositions de l'article L.423-25 du Code de la consommation. Les auteurs donnent à l'étude une clause compromissoire optionnelle, offrant le choix pour le consommateur ou d'un arbitrage de groupe, ou d'une action individuelle. La possibilité pour le consommateur de participer à une action de groupe est écartée au profit d'un arbitrage collectif. Cette clause contrevient directement à la règle de l'article L.423-25 qui prévoit que de telles clauses seront réputées nulles. Toutefois, l'écartement de l'action de groupe, au-delà de faire la part belle à l'arbitrage de groupe, permet également d'éviter les complications procédurales et financières qui résulteraient de deux actions collectives menées parallèlement, l'une devant un juge et l'autre devant un arbitre. Le risque de décisions contradictoires dans ce cas est grand, et préjudiciable à la fois pour le professionnel et pour le groupe de consommateurs. Pour le professionnel en raison de l'impact financier de deux actions de masse, et pour le consommateur en raison du risque de ne pas obtenir la même indemnisation que les consommateurs qui auront enclenché l'action différente de la sienne, alors que leur situation « similaire ou semblable » appelle à la même indemnisation, ou selon les mêmes critères.

Il paraît donc impossible aujourd'hui d'instituer un arbitrage de groupe en respectant l'article L.423-25, ou en garantissant un traitement équivalent des consommateurs. Il serait donc judicieux d'abroger l'article L.423-25. Cette abrogation n'emporterait pas énormément de conséquences quant à la préservation du droit du consommateur de pouvoir participer à une action de groupe. Comme l'on a pu le constater, les dispositions mêmes du Code de la consommation relatives à l'action de

groupe limitent ce droit. De plus, l'intérêt de l'article L.423-25 se trouvait dans sa possible application en matière de droit international de la consommation, application qui paraît plus que compromise aux regard des règles matérielles actuelles en droit international de l'arbitrage.

De fait, l'inefficacité et l'ineffectivité de l'article L.423-25 appellent à sa suppression. Mais dès lors, en l'absence de disposition législative spéciale, l'article 2061 retrouve à s'appliquer en droit interne de la consommation. Il conviendrait donc d'instaurer une règle qui aurait le caractère de « disposition législative spéciale », qui entrainerait la validité des clauses compromissaires dans les contrats internes de consommation. Cette règle devra être protectrice des droits du consommateur, ne pas l'enfermer dans une procédure qu'il n'a pas choisie (les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation étant le plus souvent des clauses d'adhésion), afin qu'elle ne heurte pas l'esprit de l'article 2061, tel que l'a voulu le législateur.

Cette règle pourrait reprendre le principe de la clause optionnelle unilatérale proposée plus haut. Seraient alors considérées comme valables au regard de l'article 2061 du Code civil les clauses compromissaires contenues dans les contrats de consommation qui offrent au consommateur le choix entre soumettre son litige, une fois que celui-ci est né, à un tribunal arbitral, ou à un juge étatique, sans que ce même choix puisse être imposé par le professionnel. Ce type de clause remplit les critères de validité des clauses optionnelles unilatérales : le consommateur a le choix entre seulement deux obligations, deux actions, ce qui caractérise l'option. La clause n'est ainsi pas purement potestative.

En outre, l'inopposabilité de la clause au consommateur par le professionnel garantit au consommateur de ne pas se retrouver dans une procédure qu'il n'a pas choisie : le choix du consommateur est garanti. Par ailleurs, il convient de prévoir que ce choix doit être opéré lorsque le litige est né. En effet, ce n'est que lorsque le litige est né que le consommateur prendra conscience des implications de chaque action. En cela, cette clause compromissoire se rapproche des compromis d'arbitrage, qui ne sont conclus qu'une fois que le litige est né, et sont donc considérés par la doctrine et la jurisprudence comme ne portant pas atteinte aux droits des consommateurs.

Il convient de prévoir que ce type de clause devra comporter obligatoirement une action collective : le choix du consommateur devra se porter soit sur une action collective, qui pourra être menée devant un tribunal arbitral ou selon les dispositions du Code de la consommation relatives à l'action de groupe, soit sur une action individuelle, qui pourra elle aussi être menée devant un juge étatique, ou devant un tribunal arbitral. La clause compromissoire doit donc prévoir deux types d'action : une collective et une individuelle (pour ne pas retomber dans les écueils de deux actions de masse

menées de front et le risque de décisions contradictoires), ces actions devant pour l'une être menée devant un arbitre, pour l'autre devant un juge étatique.

L'exclusion d'un type d'action ou d'une attribution de compétence entrainera la nullité de la clause.

En outre, la décision d'un consommateur d'adhérer à une action de groupe au sens du Code de la consommation n'entraîne pas renoncement de sa part à son droit d'action individuelle : l'action de groupe du Code de la consommation étant fondée sur le système d'opt-in, le consommateur doit pouvoir rester libre d'adhérer au groupe. En revanche, la décision d'un consommateur de faire valoir ses droits devant un tribunal arbitral, au titre d'une action collective ou individuelle implique nécessairement un renoncement à son droit d'action individuelle ou collective devant les juridictions étatiques.

La disposition législative spéciale, posant une exception au principe de nullité des clauses compromissoires dans les contrats de consommation, pourrait revêtir cette forme : « Sont valables dans les contrats de consommation les clauses compromissoires prévoyant au profit du consommateur un choix entre une action collective et une action individuelle exclusivement, qui pourront être introduites devant soit une juridiction civile française, soit un tribunal arbitral. La clause ne peut pas réserver la compétence de la même juridiction pour les deux actions. La clause est inopposable au consommateur. Le choix de l'action par le consommateur se fait au moment de la survenance du litige ».

Ce modèle de clause semble satisfaire les différentes obligations, qu'elles soient textuelles ou nécessaires à la bonne administration de la justice. Le choix du consommateur dans son action est garanti, qu'il s'agisse du mode d'action ou de la juridiction, et il sera éclairé, celui-ci intervenant uniquement une fois le litige né. Par ailleurs, le professionnel, en stipulant le même type de clause dans tous ses contrats de vente ou de prestation de services, se prémunit de tout risque de deux actions collectives menées en même temps devant des juridictions différentes.

S'agissant du champ d'application matériel d'une telle clause, celle-ci ne pourra être stipulée que dans les contrats dont l'inexécution ou la mauvaise exécution peut faire l'objet d'une action de groupe au sens du Code de la consommation, c'est-à-dire les contrats de vente de biens et les contrats de prestation de services. Il est en effet obligatoire de restreindre le champ d'application de la validité des clauses compromissoires optionnelles unilatérales aux seuls contrats susceptibles d'offrir un choix d'action au consommateur : le champ d'application de l'arbitrage collectif doit correspondre à celui de l'action de groupe afin de garantir au consommateur une protection effective

de ses droits, quelle que soit l'action collective à laquelle il peut participer.

Par ailleurs, le champ d'application de l'action de groupe est limité aux seuls préjudices patrimoniaux résultants des dommages matériels subis par les consommateurs. Les dommages moraux, corporels et immatériels ont été exclus du dispositif législatif. Ce champ d'application limité de l'action de groupe en droit de la consommation ne pose pas de problème à la création d'un arbitrage collectif. En effet, le droit français considère que peuvent être soumis à l'arbitrage les litiges relatifs aux droits dont le justiciable a la libre disposition, c'est-à-dire les droits patrimoniaux. Les champs d'application de l'action de groupe et de l'arbitrage collectif coïncident, ce qui permet donc d'imaginer qu'un même litige puisse faire l'objet soit d'une action de groupe, soit d'un arbitrage collectif. La mise en œuvre de la clause optionnelle unilatérale s'en trouve donc grandement simplifiée : tout litige pouvant faire l'objet d'une action de groupe pourra faire l'objet d'un arbitrage collectif.

L'on pourrait penser que les professionnels stipuleront tous la même clause compromissoire optionnelle dans leurs contrats : une action individuelle devant les juridictions étatiques ou une action collective devant un tribunal arbitral. Or ce choix n'est pas sûr : les juridictions arbitrales n'étant pas soumises, à l'inverse du juge français, au principe de réparation intégrale, le montant de la réparation peut être bien plus élevé que devant les juridictions étatiques. Une telle clause ne signifie donc pas la fin de l'action de groupe : certains professionnels vont la préférer à l'arbitrage collectif pour des raisons de coûts, de procédure...

En abrogeant l'article L.423-25 du Code de la consommation et en introduisant une disposition législative spéciale posant une exception au principe de nullité des clauses compromissoires dans les contrats de consommation internes, il est possible de créer un arbitrage de groupe. La mise en œuvre de cet arbitrage implique que les droits des parties soient respectés, tant lors de la constitution du tribunal arbitral que lors de la procédure.

S'agissant du système de formation du groupe pour l'arbitrage collectif, il semble évident que celui-ci sera un système d'opt-in. En effet, le groupe ne sera constitué que lorsque le consommateur aura fait le choix de son action, ce choix pouvant être considéré comme la manifestation de sa volonté de participer à l'arbitrage de groupe. C'est d'ailleurs le seul système qui permet de garantir le respect du choix du consommateur : en présence d'un système d'opt-out, le consommateur va être attiré à une procédure qu'il n'a pas expressément choisie. Le risque est qu'une fois inclus dans le groupe, il accepte l'action que d'autres auront choisie pour lui. Le seul système qui permet de préserver le droit d'action du consommateur est le système d'opt-in, bien que celui-ci ait des défauts.

Concernant le nombre de consommateurs susceptibles de former un groupe, il convient de conserver le nombre donné par la circulaire du 26 septembre 2014, autrement dit deux consommateurs. Cette décision permet d'une part un parallélisme procédural entre l'action de groupe et l'arbitrage collectif, mais également une assurance de l'effectivité du choix fait par le consommateur.

Il paraît aussi sensé de conserver la limitation de la qualité à agir aux seules associations de consommateurs posée par le Code de la consommation pour l'action de groupe. Une nouvelle fois, ce choix relève d'une volonté d'avoir des actions collectives les plus proches possibles au regard des conditions d'introduction de l'action, imposant une certaine structure aux actions collectives, qu'elles soient menées devant un juge civil ou un tribunal arbitral. Rien n'empêchera dans le futur, si l'arbitrage collectif se développe en continuant de garantir les droits des consommateurs, de prévoir l'ouverture de la qualité à agir à des associations ayant reçu un mandat ad hoc, ou bien directement à des avocats. Une telle ouverture pourrait d'ailleurs être imaginée pour l'action de groupe. La restriction de la qualité à agir aux seules associations de défense des consommateurs est également susceptible de mener les consommateurs vers l'arbitrage, en étant accompagnés tout le long de la procédure.

La préservation des droits des parties consiste aussi en la désignation du tribunal arbitral, et du déroulement de l'instance. Pour que les consommateurs aient confiance en l'arbitrage de groupe et a fortiori en l'arbitrage, il est nécessaire que la clause compromissoire prévoyant l'arbitrage collectif et l'action individuelle devant le juge civil soit claire, précise et complète. Cela se traduit par l'obligation de prévoir la clause compromissoire dans le contrat principal, et ce de manière explicite. La référence au règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) est une bonne idée car elle permet de s'assurer un corps de règles fixes, du moins en matière procédurale, dont peuvent prendre connaissance les consommateurs et leurs représentants. Le règlement d'arbitrage de la CCI nécessitera cependant une modification, car il ne prévoit pas pour l'instant les arbitrages de groupe³⁸. La désignation des arbitres devra se faire de manière égalitaire : le professionnel devra nommer un arbitre, l'association de consommateurs aura reçu mandat pour en nommer un également. Afin d'éviter les risques de collusion, le troisième arbitre pourra être nommé par ses pairs.

La création d'un arbitrage de groupe serait extrêmement bénéfique à la protection des droits des

38 J. Papadopoulos, N. Capelle, Proposition d'une convention d'arbitrage collectif en France, Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles, oct. 2015., n°1.

consommateurs, mais également à ceux des professionnels.

L'un des caractères particulièrement appréciés de l'arbitrage est son secret. Alors que la procédure de l'action de groupe implique une importante publicité, par n'importe quel moyen, lors d'un arbitrage collectif, les parties peuvent convenir d'un secret relatif sur l'action en cours.

Une autre qualité de l'arbitrage est sa rapidité : les tribunaux arbitraux étant constitués pour un litige particulier, un engorgement comparable à celui des tribunaux civils n'est pas envisageable. La procédure de l'action de groupe telle que prévue dans le Code de la consommation est bien trop lente. Les premières actions de groupe ont été introduites en 2014, et un an plus tard, une seule pour l'instant a abouti à une indemnisation des consommateurs, grâce à la signature d'un protocole transactionnel³⁹. Ce délai pour parvenir à une indemnisation est bien trop important, les consommateurs perdront patience et n'adhéreront plus aux groupes : ils préféreront mener une action individuelle ou même abandonner leur créance. Cette lenteur procédurale fait perdre toute effectivité à l'action de groupe. L'arbitrage pourrait accélérer les procédures, et redonner aux actions collectives leur intérêt principal : permettre l'indemnisation des « petits » préjudices.

Par ailleurs, avec l'introduction au plus tard au mois de juillet 2016 de l'action de groupe « santé », les juridictions civiles vont se retrouver d'autant plus sollicitées pour de nouvelles actions de groupe.

Une réflexion sur l'opportunité de l'arbitrage en matière d'action de groupe semble judicieuse tant les règles relatives à cette dernière empêchent réellement l'effectivité des droits qui ont voulu être protégés par le législateur. L'arbitrage de groupe se doit d'être une action collective à part entière, et une alternative efficace à l'action de groupe de droit commun.

Le véritable intérêt de l'arbitrage de groupe par rapport à l'action de groupe est le champ d'application bien plus large que celui-ci peut avoir. Si dans le cadre de cette étude, l'arbitrage de groupe a été vu comme une alternative à l'action de groupe, dans l'état actuel de la loi du 17 mars 2014, il peut surtout supplanter totalement cette action.

Toutefois, il ne s'agit pas de juger trop rapidement l'action de groupe. Celle-ci a seulement deux ans d'existence, et même si le peu d'actions introduites permettent en un sens, de confirmer les développements précédents, il convient de se rappeler que le recours collectif québécois, entré en vigueur en 1978, a nécessité dix ans pour être enfin effectif.

39 Voir <http://www.conso.net> (site de l'Institut National de la Consommation).

Bibliographie

Ouvrages

- J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 9e édition
- D. MAINGUY, *L'action de groupe en droit français, après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Guide Pratique, Gazette du Palais
- P. MAYER, *Les lois de polices étrangères*, Clunet, 1981
- H.-J. NOUGEIN, R. DUPEYRE, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Guide Pratique, Gazette du Palais
- S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Corpus Droit privé, Economica, 2e édition
- C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013
- P. VAREILLES-SOMMIERES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, Travaux comité fr. DIP 1998-2000, p. 49

Thèses

- M. de FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, Recherches juridiques, Economica, 2013
- C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001

Rapports

- J. CALAIS-AULOY, *Vers un nouveau droit de la consommation. Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation*, avr. 1985, La Documentation française, p.131.
-

Revue

- M.-J. AZAR-BAUD, S. CARVAL, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation », *D.* 2015., p. 2136.
- M. BACACHE, « Les spécificités de l'action de groupe en droit de la santé », *D.* 2016, p. 64.
- L. BORE, « Quelques curiosités de l'action de groupe à la française », *R.D.C.*, 15 juin 2015, n° 02.
- C. BOURDEL, « Première bougie pour l'action de groupe : un bilan en demi-teinte », *AJCA* 2015. p. 488
- L. CADIET, « Ouverture : les implications en droit processuel », *RLDC* 2006/32, n° 2286
- T. CLAY, « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003, p.2469
- L. CONDE, « La prohibition des arrêts de règlement – le mode juridictionnel », *Jcl Civil Code*, art 5, 17 aout 2014
- M. DEPINCE, D. MAINGUY, J.-Cl. Consommation, Fasc. 15, 20 mars 2014.
- F. FERRAND, « Action de groupe : l'outil du droit comparé », *R.D.L.C.* 2006.

- A. GUEGAN-LECUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136, p. 23 et s.
- F. GUIOMARD, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *Rev. Trav.* 2016., p.52
- P. HILT, « L'action de groupe consacrée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : peut-on s'en satisfaire ? », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2014, n°114.
- C. JANNET, « Qualité pour agir », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136.
- C. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G*, n° 27, 4 Juillet 2001, doct. 333
- L. KANTE, « L'arrêt Morrison : vers la fin du forum shopping en matière boursière ? », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles - Versailles University Arbitration Journal* n° 1, Octobre 2011, 8
- L. LEVENEUR, « Action de groupe, droit de la consommation et droit des assurances », *R.L.D.C.*, 2006.33.
- E. LOQUIN, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011. 255
- V. MAGNIER, « Présentation du rapport sur les actions de groupe », *R.D.L.C.*, 2006
- D. MAINGUY, T. CLAY, « Arbitrage et Action de groupe », *JCP G*, 11 mai 2015, n°19-20
- L. MARTINET, A. du CHASTEL, « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », *Petites affiches*, 10 mars 2009, n° 49, p. 6.
- M.-L. NIBOYET, « Action de groupe et droit international privé », *R.L.D.C.* 2006. 32.
- J. PAPADOPOULOS, N. CAPELLE, « Proposition d'une convention d'arbitrage collectif en France », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, oct. 2015., n°1.
- C. PELLETIER, « Bien fondé des actions de groupe engagées » in « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *R.D.C.*, 15 juin 2015, n°2.
- S. PIEDELIEVRE, « La loi du 17 mars 2014 et l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 mars 2014, n°088.
- A.-C. ROUAUD, « Précisions sur l'appréciation des conditions de validité de la clause compromissoire au regard de l'article 2061 du code civil », *D.* 2012, p.1312
- T. J. WHITE, X. HASTINGS, « La class action et ses conséquences sur le cours des affaires », *Petites Affiches*, 13 déc. 2009, n°249, p.7.

Notes

- E. LOQUIN, « La validité de la clause compromissoire internationale conclue par un consommateur : de la non application de l'article 2061 à l'arbitrage international à l'illusoire contrôle par le juge français de l'inarbitrabilité des litiges internationaux au regard... », *RTD com.* 2004. 447
- E. LOQUIN, « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelles bilatérales », *R.T.D. Com.*, 2013. 478.

Jurisprudences

- CJCE, 1er mars 2005, *Owusu, D.*, 2006, p. 1259, obs. C. Nourissat ; *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. Chalas ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *Europe*, 2005. comm. 189, obs. L. Idot ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 147, p. 31, note M.-L. Niboyet. En droit français : *Civ. 1re*, 1er juill. 2009, *JCP G*, 2009, p. 123, obs. E. Cornut ; *D.*, 2009, p. 1899, obs. I. Gallmeister.

- Civ. 1re, 21 mai 1997, Rev. arb. 1997.537, note Gaillard ; RTD com. 1998.330
- Cass. 1re civ., 30 mars 2004, arrêt 554 F-P, Gros c/ Sté Painewebber, D. 2004.2458, note I. Najjar
- Civ. 1re, 25 février 2010, D. 2010. AJ 651 ; RTD civ. 2010. 323, obs. Fages
- Civ. 1re, 26 sept. 2012 n° 11-26.022, D. 2012. 2876, note D. Martel ; ibid. 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2013. 256, note D. Bureau ; RTD com 2013. 383, obs. P. Delebecque ; RTD eur. 2013. 292-24, obs. C. Lonchamp et Colin Reydellet ; JDI 2013. 175, note C. Brière ; Cah. arb. 2013/2, chron. J. Barbet.
- Cass. Soc., 30 nov. 2011, Pourvois n° 11-12.905 et 11-12.906
- Angers, 25 sept. 1972, Rev. Arb. 1973. 164, note J. Rubellin-Derichi ; Civ. 1Re, 15 mai 1974, Bull. Civ. I, n°122.