Document generated on 07/19/2025 6:24 a.m.

Revue générale de droit

Regards européens sur la décision de la Cour suprême du Canada *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs et Dumoulin*

Élise Poillot

Volume 37, Number 2, 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027094ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027094ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Poillot, É. (2007). Regards européens sur la décision de la Cour suprême du Canada *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs et Dumoulin*. *Revue générale de droit*, *37*(2), 491–514. https://doi.org/10.7202/1027094ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Regards européens sur la décision de la Cour suprême du Canada *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs et Dumoulin*

ÉLISE POILLOT
Maître de Conférences, directrice adjointe à l'Institut de Droit Comparé Édouard Lambert à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, France

SOMMAIRE

I. Une clause potentiellement abusive 496

A. Une clause visée par l'annexe de la directive 496

B. Une clause créant un déséquilibre significatif au profit du professionnel 499

II. Un caractère abusif susceptible d'être relevé d'office 506

A. L'exigence de procédés efficaces pour faire cesser l'utilisation des clauses abusives 507

B. La prévalence de l'intérêt du consommateur 510

1. Les rapports entretenus par les clauses compromissoires et le droit de la consommation font partie de ces relations tumultueuses qu'il n'est pas facile de trancher en l'absence de textes spécifiques en la matière, comme en témoigne la décision de la Cour suprême du Canada *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*. Rendue alors que la *Loi sur la protection du consommateur* dont l'article 11.1 interdit « la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par

un tel recours »[1] ne trouvait pas encore à s'appliquer, la décision prend appui sur le droit commun des contrats et le droit international privé québécois. Dans ce contexte, la Cour suprême du Canada a décidé de renvoyer la demande du consommateur, en l'occurrence M. Dumoulin, à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

2. L'objet de notre propos n'étant pas d'analyser la décision mais d'examiner la position du droit communautaire en la matière, les développements qui suivent seront nécessairement prospectifs puisque la Cour de Justice des Communauté européennes n'a pas été amenée à statuer sur une question identique. C'est donc au regard du droit communautaire de la consommation dont relève l'espèce que l'analyse sera menée. La question du recours collectif sera toutefois écartée, puisque ce type de procédure est inconnu à l'échelle de l'Union européenne.

3. En droit communautaire, la protection du consommateur est essentiellement assurée par des directives[2], textes imposant un résultat à atteindre tout en laissant aux États membres une certaine liberté dans leur mise en œuvre. Les domaines touchés par les directives sont variés; on peut citer, à titre d'exemples, le démarchage à domicile, le crédit à la consommation, la vente à distance, les clauses abusives ou encore la garantie dans la vente[3]. Le droit communautaire s'est aussi intéressé à la question des litiges transfrontières de consommation[4], et l'on trouve au sein du règlement dit de Bruxelles I concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein des États membres de l'Union européenne[5] des dispositions concernant

1. Tout en lui réservant néanmoins la possibilité « s'il survient un litige après la conclusion du contrat, [de] convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage ».

2. Sur le droit européen de la consommation, voir de façon générale S. EATHERILL, *EC Consumer Law and Policy*, Londres et New York, Longman, 1997.

3. Plus particulièrement sur la question du droit européen des contrats de consommation, É. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, préface de P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Paris, LGDJ, 2006.

4. V. A. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, préface de R. BOUT, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

5. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000.

la protection du consommateur. De la même façon, la convention dite de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit des dispositions applicables aux litiges de consommation.

4. Ces deux textes ont pour objectif de protéger le consommateur considéré comme partie la plus faible. Le règlement de Bruxelles I garantit de façon générale qu'une action intentée contre le consommateur sera portée soit devant le tribunal de l'État membre sur le territoire où le défendeur se trouve, soit devant le tribunal de l'État membre où le consommateur (le demandeur) est domicilié. La convention de Rome prévoit, quant à elle, que les contrats de fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, sauf si les parties en décident autrement. Dans tous les cas, la loi choisie ne peut désavantager le consommateur et le priver de la protection fournie par la loi de son pays de résidence si elle lui est plus favorable. On ne trouve toutefois pas au sein du règlement ou de la convention, de dispositions susceptibles d'intéresser l'affaire *Dell computer* c. *Union des consommateurs et Dumoulin*[6]. Tel n'est pas le cas du droit matériel, et plus précisément de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[7].

5. Cette directive a pour objectif d'éliminer la présence de clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Aux termes de son article 3, elle définit la clause abusive comme celle qui « en dépit de l'exigence de bonne foi [...] crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Ce même article dispose que seules les clauses « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle peuvent être considérées comme abusives » et précise qu'une « clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été

6. Selon M. FALLON, cette absence de référence à l'arbitrage est la conséquence d'une stratégie législative liée à l'existence de conventions en la matière, *in* « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993 », *Rev. eur. dr. consomm.* 1996, p. 3 et suiv., spéc. p. 12.

7. Directive 93/13/CE sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* L 95 du 21.4.1993, p. 29-34.

rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ».

6. En optant pour une définition aussi large de la clause abusive, le législateur européen a poursuivi un double objectif. Il s'agit tout à la fois de faciliter l'intégration de la directive au sein des différents ordres juridiques nationaux — dont la spécificité s'accommode mieux d'un instrument souple que d'une définition contraignante[8] — et de fournir au juge un instrument flexible d'appréciation du caractère abusif permettant d'adapter l'analyse de la clause aux circonstances du contrat[9]. Le législateur européen n'a pour autant pas laissé le juge sans indications en matière d'appréciation du caractère abusif d'une clause. La directive contient en effet en annexe une « liste grise » des clauses pouvant être déclarées abusives. Le caractère indicatif de la liste emporte donc en quelque sorte une suspicion légitime du juge à l'égard des clauses citées, lesquelles ne seront pas nécessairement abusives mais mériteront à tout le moins d'être analysées à la lumière des critères posés par le texte communautaire.

7. La directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs présente également un

---

8. On trouve dans les considérants de la directive des précisions quant à la façon dont l'analyse du caractère abusif doit être menée au regard notamment des exigences de bonne foi et d'équilibre des droits et obligations. Le 16e considérant indique ainsi que l'exigence de bonne foi est un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués conduisant à « prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ». Le 17e considérant met l'accent sur la présence d'une liste de clauses considérées comme abusives dont il souligne le caractère indicatif.

9. De ce point de vue, le 16e considérant de la directive est très clair : « considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers, nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués; que ceci constitue l'exigence de bonne foi; que, dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur; que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes ».

intérêt particulier au regard du conflit de loi. Elle est la première d'une série de directives « mettant en œuvre une politique communautaire de protection du consommateur contenant des dispositions intéressant le droit international privé »[10]. Aux termes de l'article 6 du texte, « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ». Par conséquent « la protection du consommateur mise en place par la directive est garantie nonobstant le jeu de la règle de conflit et la mise en œuvre de la loi que cette dernière désigne »[11].

8. En usant d'un article qui institue un « ordre public international communautaire contractuel »[12], le législateur européen enfonce en quelque sorte le clou de la protection du consommateur contre les clauses abusives. Il offre ainsi au juge un instrument lui permettant de débusquer les clauses abusives au sein des contrats d'adhésion, tout en rendant inutile toute tentative du professionnel d'échapper à la protection du consommateur mise en place par la directive, dès lors que le lien étroit évoqué par l'article 6 existe. C'est donc un véritable arsenal de protection du consommateur que la directive a établi. Cette volonté de protéger la partie faible a d'ailleurs conduit la Cour de justice des Communautés européennes à donner une interprétation de la directive axée sur la protection du consommateur au détriment parfois de la liberté des États membres d'appliquer leur propre droit.

9. Ce bref tableau de l'état du droit européen tracé, on aura compris que l'espèce ayant conduit à la décision *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs et Dumoulin* aurait trouvé des points d'ancrage au sein du droit européen de la consommation. À notre sens, la résolution de la question de la validité de la clause y aurait connu un tout autre sort. Au regard tant

10. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », *in Le droit international privé, esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 781 et suiv., spéc. p. 796.

11. *Id.*, p. 797.

12. *Ibid.*

de la directive que de l'interprétation qu'a pu en donner la Cour de justice des Communautés européennes, la clause contenue dans le contrat liant M. Dumoulin à la Dell Computer Corp. est non seulement très certainement potentiellement abusive (I) mais encore susceptible d'être relevée d'office par tout juge qui viendrait à connaître d'un litige relatif aux relations contractuelles existant entre les parties (II).

I. UNE CLAUSE POTENTIELLEMENT ABUSIVE

10. La clause compromissoire est visée par la liste indicative placée en annexe de la directive (A), ce qui en raison du caractère indicatif de cette liste ne la rend pas nécessairement abusive. Toute clause visée par la liste doit donc être analysée afin que soit démontrée l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (B).

A. UNE CLAUSE VISÉE PAR L'ANNEXE DE LA DIRECTIVE

11. L'article 3 de la directive définit la clause abusive et renvoie, dans son alinéa 3 à « la liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives ». Au sein de cette dernière, une clause retient particulièrement l'attention eu égard aux faits de l'affaire *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*. Il s'agit de celle visée par le point « q » de la première partie de l'annexe qui envisage les clauses ayant pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ».

12. Visée par l'annexe, ces clauses sont donc suspectées d'être abusives et retiendront plus particulièrement l'attention du juge. Pour autant, ainsi qu'il a déjà été souligné, la liste n'est qu'indicative. Elle ne conduit donc pas nécessairement à éradiquer toute clause d'un contrat répondant à l'une des définitions du point « q » de l'annexe. Parmi ces dernières,

seule celle relative à la clause compromissoire intéresse l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada. Or la manière dont la directive présente la clause compromissoire suspectée d'avoir un caractère abusif est loin d'être limpide.

13. Le texte communautaire se réfère aux clauses obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales. Que doit-on entendre par là? Plusieurs interprétations peuvent être données de ces termes. La première est que dès lors qu'une disposition quelconque du droit d'un État membre envisage la possibilité d'un arbitrage, la condition de « couverture par des dispositions légales est respectée ». Pour prendre un exemple concret, on peut citer celui du droit français.

14. En droit français, tant le *Code civil* que le *Code de procédure civile* contiennent des dispositions autorisant le recours à l'arbitrage[13]. Selon l'interprétation envisagée du texte de la directive, la seule existence de ces dispositions permettrait d'écarter la suspicion du caractère abusif de la clause d'arbitrage. Cette interprétation n'emporte toutefois pas la conviction. L'objectif de la directive est la protection d'une partie faible, le consommateur, contre le professionnel, partie réputée avoir une puissance économique permettant d'imposer des clauses que le consommateur ne saurait refuser faute de tout pouvoir de négociation. Or l'arbitrage n'est pas nécessairement une aubaine pour le consommateur[14]. On considère d'autre part classiquement, en droit français, que la clause compromissoire représente un danger pour le consommateur qui ne saurait en apprécier la portée[15] car « l'arbitrage ne répond pas *a priori* aux besoins des consommateurs »[16].

15. Ces remarques soulèvent d'ailleurs une interrogation cruciale : pour quelle raison le législateur communautaire a-t-il pu placer la clause compromissoire dans la liste grise, déniant de la sorte à cette dernière tout caractère *a priori* abusif? La réponse se trouve dans la diversité des ordres juridiques

13. Art. 2059 et suiv. du *Code civil*; art. 1442 et suiv. du *Code de procédure civile*.

14. Voir *supra*, n° 22.

15. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2006, n° 496.

16. E. LOQUIN, « Arbitrage — Compromis et clause compromissoire », *in Jurisclasseur Procédure civile*, Paris, Fasc. 1020, n° 86.

soumis au droit communautaire. Certains États membres de l'Union européenne ont institué des organismes spécifiques dédiés aux arbitrages des litiges de consommation. C'est notamment le cas de l'Espagne et du Portugal[17]. Par conséquent, il n'était pas possible de prohiber purement et simplement les clauses prévoyant un recours à des organismes d'arbitrage dans la directive. Il faut donc comprendre que l'expression « couverte par des dispositions légales » renvoie à la connaissance du litige par des organismes spécialisés conscients de la faiblesse économique du consommateur, et donc considérés comme dénués de danger à son égard.

16. Cette acception du point « q » de la première partie de l'annexe est par ailleurs confortée et confirmée par le *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*[18]. Dans ce rapport, la Commission souligne que le danger de l'arbitrage des litiges de consommation est bien réel, tout en précisant que la médiation (qui peut s'entendre d'un arbitrage) présente des attraits non négligeables et évoque la possibilité, toujours envisagée à l'heure actuelle, de la création d'un « médiateur européen qui traiterait notamment des réclamations transnationales des consommateurs »[19].

17. Non prohibée par le législateur européen qui semble même lui témoigner une certaine faveur, la clause d'arbitrage n'en demeure pas moins susceptible d'être qualifiée d'abusive, si elle répond aux critères posées par la directive et notamment celui d'un déséquilibre significatif des droits et obligations au profit du professionnel, ce qui semble être le cas en l'espèce.

---

17. B. LE TAVERNIER, *Rev. conc. consomm.*, 1995, n° 86; M. ORERO-NÚÑEZ, *Rev. eur. dr. consomm.*, 1996, p. 120; V. CRESPO PARRA, « Quelques réflexions sur les solutions extrajudiciaires de règlement des litiges de consommation et en particulier sur l'arbitrage de consommation transfrontière », *Rev. eur. dr. consomm.*, 1996, p. 271.

18. COM, (2000) 248 Final.

19. *Id.*, p. 28.

B. UNE CLAUSE CRÉANT UN DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF AU PROFIT DU PROFESSIONNEL

18. La directive 1993/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a établi un certain nombre de critères présidant à la détermination du caractère abusif d'une clause. Ainsi qu'il a déjà été précisé plus haut, la question du caractère abusif de la clause est envisagée par l'article 3 de la directive[20]. Cette détermination relève de l'appréciation souveraine des juges nationaux, ainsi que l'a indiqué la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft*[21]. Saisie d'une question préjudicielle par le *BundesGerichtsHof*[22] quant à l'appréciation du caractère abusif d'une clause, la Cour de justice a précisé qu'il ne lui appartenait pas de « se prononcer sur l'application de ces critères généraux à une clause particulière qui doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce »[23]. Ce faisant, elle ne fait d'ailleurs que rappeler aux États membres que la détermination du caractère abusif d'une clause relève d'une appréciation circonstanciée clairement définie par la directive. La détermination du caractère abusif d'une clause est donc un travail « au cas par cas » pour lequel le législateur communautaire a tout de même fourni aux États membres un certain nombre de repères[24].

---

20. Voir *supra*, n° 5. À noter que l'alinéa 2 de l'article 3 donne des indications quant à la détermination de l'absence de négociation individuelle en précisant qu'« une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion ». On notera également que le législateur communautaire a souhaité que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible », art. 4, al. 2. La précision s'impose, même si elle n'intéresse pas directement le type de clause envisagé par la Cour suprême, car la question de la lésion est expressément écartée du champ d'application de la directive.

21. CJCE, 1er avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH*, aff. C-237/02, Rec. I, p. 2157, *Gaz. Pal.*, 19 mai 2005, n° 139, p. 32; PROCÉDURES, juill. 2004, n° 139, obs. C. NOURISSAT; *Rev. jur. com.*, 2004, p. 264, obs. A. RAYNOUARD.

22. Juridiction suprême allemande de l'ordre judiciaire.

23. *Ibid.*

24. Voir *supra*, note 8.

19. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes constitue un autre vivier de repères. La Cour, saisie de recours préjudiciels, a été amenée à se prononcer plusieurs fois sur les critères généraux utilisés par le législateur communautaire pour définir la notion de clause abusive[25]. C'est donc en considération de ces indications que le juge national va pouvoir procéder à l'appréciation du caractère éventuellement abusif de la clause. Et la question qui va naturellement nous occuper maintenant est de savoir si la clause insérée dans le contrat liant M. Dumoulin à la société Dell pourrait être considérée comme abusive par un juge d'un État membre appliquant le droit national des clauses abusives à la lumière de la directive 1993/13/CE, tel qu'il en a l'obligation au regard du droit communautaire[26]. Nous nous appuierons sur le droit français pour servir notre démonstration.

20. La transposition de la directive sur les clauses abusives a donné lieu en droit français a une modification de certains articles du *Code de la consommation*. Notre attention sera particulièrement retenue par l'article L. 132-1 de ce Code qui reprend largement les dispositions de la directive et notamment le critère « du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » et renvoie également « à une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives »[27].

---

25. Les décisions rendues par la CJCE statuant alors qu'elle a été saisie d'une question préjudicielle en interprétation du droit communautaire ont « autorité de la chose interprétée », autrement dit le juge national est lié par l'interprétation donnée par la Cour, qu'il ait lui-même saisi ou qu'il ait à trancher une question juridiquement semblable, voir CJCE, 3 février 1977, *De Benedetti*, aff. 52/76, Rec. 1977, p. 163; sur la question, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, spéc. n° 89.

26. Le principe d'interprétation conforme a été affirmé dès 1976 par la CJCE dans sa décision *Mazzalai* du 20 mai 1976, aff. 111/75, Rec. 1976, p. 657. En matière de droit communautaire de la consommation, ce principe a été rappelé dans le cadre d'affaires récentes qui ont permis de préciser que le principe d'interprétation conforme pouvait conduire les juges nationaux à se saisir d'office d'une contrariété d'une norme nationale avec une norme communautaire. Voir *infra*, n° 33.

27. L'article L. 132-1 C. consomm., al. 5 précise par ailleurs sur le modèle de la directive que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat », ainsi qu'à « celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

21. La question qui se pose est alors de savoir si la clause du contrat de vente prévoyant un arbitrage en cas de désaccord entre un consommateur et la société Dell crée au profit de cette dernière un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, étant précisé que la liste indicative contenue par le *Code de la consommation* a repris en grande partie l'annexe de la directive et qu'elle considère comme susceptibles d'être déclarées abusives les clauses d'arbitrage[28]. Un *a priori* négatif pèse donc d'ores et déjà sur la clause mais l'on sait qu'il ne suffit pas. La doctrine française est également peu favorable à ce que ce type de clause soit reconnue valable dans les contrats de consommation en raison « du danger que représente une telle clause pour les non-professionnels et notamment pour les consommateurs » qui « risquent de ne pas en saisir la portée au moment où ils signent le contrat »[29]. Dès 1979 au reste, la Commission des clauses abusives, organe veillant de façon préventive en France, à ce que les contrats de consommation ne soient pas viciés par des clauses abusives, avait recommandé que les clauses imposant le recours à l'arbitrage pour un litige qui n'est pas encore né (clause compromissoire) soient éliminées des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs[30]. De la même façon il a été décidé, antérieurement à la promulgation

28. Aux termes du point 1 *litt.* « q » de l'annexe, peut être regardée comme abusive la clause ayant pour objet ou effet de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ».

29. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, précité, n° 497; Y. PICOD, H. DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, Armand Colin, 2005, spéc. n° 580; ou encore E. LOQUIN, obs. sous Civ. 1re 30 mars 2004, *Rev. trim. dr. com.*, 2004, p. 447 et suiv.

30. *Recommandation n° 79-02 sur les clauses concernant les recours en justice*, position réitérée dans la *Recommandation n° 91-01 concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement*, la *Recommandation n° 94-04 concernant les contrats de locations saisonnières* et la *Recommandation n° 97-02 relative aux contrats de maintenance de certains équipements d'immeuble*, toutes disponibles sur le site Internet de la Commission des clauses abusives : [En ligne]. www.finances.gouv.fr/clauses_abusives/index.htm.

en 1993 du *Code de la consommation*, qu'une clause compromissoire dans un contrat commercial pour une partie, et civil pour une autre, est nulle à l'égard de chacune d'elles[31].

22. Si de tels *a priori* existent, c'est sans doute que l'existence d'un abus, quel qu'en soit le critère, est présumé. Des arguments indéniables plaident en effet pour le caractère désavantageux de l'application d'une telle clause au consommateur[32]. Ainsi qu'il a pu être souligné « l'obstacle fondamental est le coût de l'arbitrage. [...] On peut en effet craindre qu'en raison de son coût, la prévision d'une procédure d'arbitrage conduise le consommateur à renoncer à faire valoir ses droits devant les arbitres »[33]. Comme il a également été relevé, le coût de l'arbitrage est important. S'il est justifié en droit des affaires, en raison de la complexité des litiges et de l'importance des enjeux qui le fonde[34], tel n'est pas le cas en droit de la consommation où le consommateur ne pourrait pas aussi aisément supporter le coût d'un arbitrage. Hors d'institutions spécialisées destinées à adapter l'arbitrage aux litiges de consommation, on peut douter de son caractère équilibré[35]. Or tel n'est pas le cas en espèce. Le contexte particulier de l'affaire *Dell* appelle d'ailleurs d'autres observations.

23. Selon les termes de la clause du contrat, l'arbitrage et la procédure d'arbitrage sont régis par les règles du *National*

---

31. La solution résultait de la combinaison des articles 2061 C. civ. et 631 C. com. civ. 2e, 5 mai 1982, *Bull. civ.* II, nº 69; Com. 11 oct. 1971, *D.* 1972, p. 688, note GRIVART DE KERSTRAT. Depuis la réforme du *Code de commerce* et celle de l'article 2061 C. civ., la question est réglée par le seul article 2061 qui dispose : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » La nouvelle rédaction de l'article ne modifierait pas *a priori* l'appréciation de la validité d'une telle clause dans les contrats dits mixtes (commercial pour une partie et civil pour l'autre). Sur cette question, voir notamment Ch. JAROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP* 2001, I 333.

32. Voir entre autres, E. LOQUIN, « L'arbitrage des litiges du droit de la consommation » *in Vers un droit européen de la consommation*, p. 357 et suiv.

33. E. LOQUIN, obs. sous Civ. 1re 21 mai 1997, *Rev. trim. dr. com.*, 1998, p. 330 et suiv., spéc. p. 333.

34. *Ibid.*

35. On notera au passage que les institutions européennes sont favorables à ce type de règlement des litiges dès lors qu'il a lieu dans le cadre d'instituions spécialisées. Sur ce point, voir par exemple, la *Recommandation de la Commission 98/257/CE du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, *JOCE* nº L 115 du 17 avril 1998, p. 34 et suiv.

Arbitration Forum qui est situé aux États-Unis. Pour autant, la société Dell semble avoir concédé que l'arbitrage pouvait avoir lieu au Québec[36]. Il n'apparaît donc pas possible d'estimer que l'arbitrage aurait conduit le consommateur à engager des frais de déplacement sans commune mesure avec le montant du litige. Cet argument ne serait toutefois sans doute pas reçu par un juge français[37] en raison d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 26 octobre 2006 *Elisa Maria Mostaza Claro*[38].

24. Dans cette affaire, il s'agissait d'une consommatrice, Mlle Mostaza Claro, qui était en litige avec la société lui fournissant son contrat d'abonnement de téléphone portable. La société de téléphonie mobile engagea à son encontre une procédure arbitrale, conformément à une clause compromissoire insérée dans le contrat la liant à sa cliente aux termes de laquelle tout litige afférent au contrat de téléphonie mobile serait soumis à l'arbitrage d'un organisme espagnol. Elle l'informa de l'ouverture de la procédure par une lettre dans laquelle elle laissait la possibilité à Mlle Mostaza Claro de refuser l'arbitrage au profit d'une procédure judiciaire. Cette dernière répondit en présentant des arguments sur le fond sans toutefois dénoncer la convention d'arbitrage dont elle n'invoqua pas la nullité. La décision de la juridiction arbitrale rendue, Mlle Mostaza Claro la contesta devant l'*Audiencia*

36. Point 56 de la décision de la Cour suprême.

37. Encore que deux décision de la 1re Chambre civile du 30 mars 2004, *D.* 2004, p. 2458, note I. NAJJAR; *D.* 2005, pan. P. 3053, obs. T. CLAY; *Rev. trim. dr. com.*, 2004, p. 447, obs. E. LOQUIN, aient pu conclure que le cadre international de l'opération économique litigieuse entraînait, en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve de l'ordre public international, l'application de la clause compromissoire, peu importe que le contrat la contenant soit un contrat de consommation. Sur cette décision, voir *supra*, n° 42. En ce sens déjà Civ. 1re 21 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. GAILLARD; *Rev. trim. dr. com.*, 1998, p. 330, obs. E. LOQUIN.

38. CJCE, 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro*, aff. 168/05, Rec. I, p. 10421, V. AVENA-ROBARDET, « Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage », *D.* 2006 Jur. p. 2910 et suiv.; *Rev. arb.*, 2007. p. 109, note L. IDOT, et du même auteur « Clauses abusives et recours à l'arbitrage », Europe, 2006 décembre Comm. n° 378 p. 28; *Gaz. Pal.* n° 119-123, 3 mai 2007, p. 17; A. POURRE, P. PEDONE, *Gaz. Pal.* 2006 n° 347-348 I Jur. p. 63 et suiv.; C. NOURISSAT, « Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire : un nouvel horizon! », *Revue Lamy droit des affaires,* 2007 n° 14 p. 55 et suiv.; C. SERRAGLINI, « La convention d'arbitrage », *JCP*, 2007 I 168; *Gaz. Pal.*, 2007 n° 119-123 I Jur., p.17 et suiv., obs. F-X. TRAIN.

Provincial de Madrid. Ce tribunal, convaincu du caractère abusif de la clause, saisit le juge communautaire sur le point de savoir si « la protection des consommateurs qu'assure la directive 93/13/CEE [...] implique que la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule la sentence au motif que ladite convention d'arbitrage comporte une clause abusive, lorsque le consommateur a invoqué ladite nullité dans le cadre du recours en annulation, mais non dans le cadre de la procédure arbitrale »[39].

25. À cette question la CJCE a répondu sans ambiguïté que la directive 93/13/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle implique « qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation ». Certes la Cour n'était pas saisie directement de la nullité de la clause, mais il est indéniable qu'en répondant de la sorte, elle l'a implicitement reconnue. On retrouve d'ailleurs cette motivation implicite dans l'arrêt lorsque la Cour de justice relève que :

> l'importance de la protection des consommateurs a notamment conduit le législateur communautaire à prévoir, à l'article 6, paragraphe 1, de la directive, que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel « ne lient pas les consommateurs ». Il s'agit d'une disposition impérative qui, tenant compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers.[40]

26. Il n'est sans doute pas exagéré d'établir une comparaison entre les circonstances de cette espèce et le contexte de

39. Point 20 de la décision.
40. Point 36 de la décision.

l'affaire *Dell*, à la différence que M. Dumoulin a immédiatement contesté la validité de la clause d'arbitrage! En toute hypothèse, un autre argument pourrait également être invoqué à l'appui de la démonstration du déséquilibre, celui de la langue de l'arbitrage.

27. La question de la langue dans laquelle se déroulera l'arbitrage a été évoquée par l'Union des consommateurs mais écartée par la juge Deschamps au motif que l'anglais comme le français sont en quelque sorte des langues naturelles au Canada[41]. Cette constatation est certes intervenue dans un contexte uniquement lié à la question de l'extranéité de la juridiction arbitrale. On peut toutefois estimer qu'une réponse semblable aurait pu être donnée si le contexte avait été celui de l'examen du caractère abusif de la clause.

28. En droit français, la question aurait sans doute reçu une autre réponse, la langue anglaise ne pouvant être qualifiée d'élément interne à la France. Certes dans le contexte européen, la question du plurilinguisme revêt une autre dimension. Mais l'on peut estimer qu'au regard de la qualité de consommateur de l'une des parties, le fait que la procédure se déroule dans une autre langue que la sienne constitue un déséquilibre significatif des droits et des obligations au profit du professionnel.

29. Il reste que selon le Code du *NAF*, si l'anglais est la langue utilisée dans les procédures de cette organisation, les parties peuvent néanmoins choisir une autre langue. Dans cette hypothèse, le *NAF* ou l'arbitre pourra ordonner aux parties de fournir les traductions et services d'interprétation requis et d'en assumer les coûts[42]. Mais le fait d'en assumer le coût nous ramène aux arguments précédemment invoqués et touchant précisément la question des frais supportés par le consommateur dans le cadre de la procédure d'arbitrage... On peut donc raisonnablement déduire qu'en droit français une appréciation de la clause d'arbitrage de l'affaire *Dell* conforme

41. Voir le point 59 de la décision, la juge Deschamps : « À mon avis, l'argument linguistique ne saurait être retenu. Bien que je convienne que l'utilisation d'une langue avec laquelle le consommateur n'est pas familier puisse causer des difficultés, ni la langue française ni la langue anglaise ne peuvent être, au Canada, qualifiées de facteur d'extranéité. »

42. Règles 11D et 35G du Code du *NAF*.

à l'esprit du droit communautaire aurait conduit à la qualifier d'abusive. Surtout, ainsi que nous allons maintenant le voir, le juge français, saisi d'une affaire semblable aurait été en toutes circonstances contraint de relever d'office le caractère abusif de la clause.

II. UN CARACTÈRE ABUSIF SUSCEPTIBLE D'ÊTRE RELEVÉ D'OFFICE

30. La discussion qui a eu lieu dans le cadre de l'arrêt *Dell Computer Corporation* c. *Union des consommateur et Dumoulin* s'est déroulée sur le terrain de l'application des règles de droit international privé québécois qui auraient pu permettre d'écarter l'application de la clause d'arbitrage. La Cour suprême a jugé que ces dernières ne trouvaient pas à s'appliquer. À l'appui de sa décision, elle invoque le fait que « l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique »[43]. Dans ces conditions, seule la caractérisation d'éléments d'extranéité aurait pu conduire à prendre en compte les règles du droit international privé québécois. Toutefois, en l'espèce, ni le fait que les règles applicables de l'organisme arbitral américain prévoient que l'arbitrage sera régi par une loi américaine, ni celui que l'anglais sera la langue utilisée dans les procédures ne constituent des éléments d'extranéité pertinents pour l'application du droit international privé québécois[44]. Dès lors, « toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier conformément au principe de compétence-compétence incorporé à l'article 943 C.p.c. »[45].

31. En fonction de la décision rendue par la Cour, la question qui va ici nous occuper est celle de savoir si un consommateur européen qui aurait, à l'instar de M. Dumoulin, déposé sa requête relative à l'exécution du contrat de vente devant un tribunal étatique, que nous supposerons de nouveau français, aurait pu se voir opposer une fin de non-recevoir sur le fondement du principe compétence-compétence. Cette question a été indirectement réglée par trois arrêts de la Cour de justice

43. Décision p. 4.
44. *Ibid.*
45. *Ibid.*

des Communautés européennes, les arrêts *Oceano Grupo*[46], *Cofidis*[47] et *Elisa Maria Mostaza Claro*[48]. Dans ces décisions, la Cour de justice a octroyé au juge la possibilité de saisir d'office de la nullité d'une clause abusive. Par conséquent, tout juge français saisi d'une demande similaire à celle de M. Dumoulin aurait dû se saisir d'office de la question afin d'apprécier la nullité éventuelle de la clause d'arbitrage, dont l'évocation par l'annexe de l'article L. 132-1 ne pouvait qu'attirer son attention.

32. Le recours à un tel mécanisme est implicitement prévu par la directive qui exige que soient mis en œuvre des procédés efficaces pour faire cesser l'utilisation des clauses abusives (A), ce qui conduit la Cour de justice à faire prévaloir l'intérêt des consommateurs sur l'autonomie procédurale des États membres (B).

A. L'EXIGENCE DE PROCÉDÉS EFFICACES POUR FAIRE CESSER L'UTILISATION DES CLAUSES ABUSIVES

33. Le législateur communautaire a particulièrement veillé à ce que l'éradication des clauses abusives soit garantie au consommateur européen. La directive prévoit en effet que les clauses réputées abusives ne lient pas le consommateur qui

46. CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial SA*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec. I, p. 4941 et suiv.; voir les notes de M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT, *JCP* 2001 II 10513; S. HOURDEAU, P. A. du 24 juillet 2001, n° 146, p. 25 et suiv., L. IDOT, Europe, 2000, comm. 280; M. LUBY, *Rev. trim. dr. com.*, 2001, p. 291; J. MESTRE, B. FAGES, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 878; voir également L. BERNARDEAU, « Clauses abusives, l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *Rev. dr. eur. consomm.*, 2000, p. 261 et suiv. et B. LEBAUT-FERRARESE, « Le droit communautaire au soutien du consommateur (à propos du délai de forclusion de l'article L. 311-37 du *Code de la consommation*) », P. A., 21 mai 2001, p. 16 et suiv.; CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00.

47. CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, aff. C-473/00, Rec. I, p. 10875, voir V. AVENA-ROBARDET, « La forclusion s'incline devant les clauses abusives », *D.* 2002, p. 3339 et suiv.; X. LAGARDE, *JCP* 2003 I 142; M. LUBY, *Rev. trim. dr. com.*, 2003, p. 410; J. MESTRE, B. FAGES, *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 90; C. NOURRISSAT, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive "clauses abusives" », *D.* 2003, Jur. p. 486; G. PAISANT, *JCP.* 2003 II 10082, G. RAYMOND, Contrats, conc. consomm., 2003, comm. 31; A. RIGAUX, Europe, 2003, comm. 4; adde I. FADLALLAH, C. BAUDE-TEXIDOR, « L'office du juge en matière de droit du crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, chron. p. 750 et X. LAGARDE, « Mouvement sur la forclusion », P. A., 8 janvier 2003, p. 4 et suiv.

48. Précité, note 35.

se voit par ailleurs protégé quelle que soit la loi applicable au contrat, puisque les dispositions de la directive trouvent à s'appliquer dès lors que le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres[49]. La directive accorde également à des personnes autres que les consommateurs la possibilité de faire cesser l'utilisation de telles clauses[50]. Il s'agit donc bien de veiller, ainsi que l'indique l'article 7 § 1 de la directive, « à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ». C'est d'ailleurs sur cette exigence du texte communautaire qu'est fondée la construction jurisprudentielle ayant conduit la Cour de justice des Communautés européennes à admettre qu'une clause abusive puisse être relevée d'office.

34. L'arrêt *Oceano Grupo*, fondateur en matière de reconnaissance d'un tel pouvoir au juge, et ses successeurs les arrêts *Cofidis* et *Mostaza Claro*, se sont d'ailleurs appuyés sur ces articles afin de faire respecter la protection garantie au consommateur par la directive. On ne citera ici que les termes de l'arrêt *Oceano Grupo*, repris de façon relativement analogue par les autres décisions[51]. À propos des dispositions de l'article 6, la Cour a ainsi précisé que l'objectif poursuivi par cet article « impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs »[52] et qu'il « ne pourrait être atteint si ces derniers devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses »[53]. La Cour rappelle également que « dans des litiges dont la valeur est souvent limitée, les honoraires d'avocat peuvent être supérieurs à l'intérêt en jeu, ce qui peut

49. Art. 6 de la directive.

50. L'article 7 de la directive vise des personnes ou des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs. Le droit français a réservé ce type d'action aux associations agréées de consommateurs, voir art. L 421-6 C. consomm.

51. Voir le point 32 de l'arrêt *Cofidis* et le point 27 de l'arrêt *Elisa Maria Mostaza Claro*.

52. Point 26 de la décision.

53. *Ibid.*

dissuader le consommateur de se défendre contre l'application d'une clause abusive »[54]. Surtout, elle souligne que « le système de protection établi par la directive repose sur l'idée que la situation inégale entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat »[55]. Or, selon ses propres termes, « il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée »[56]. Par conséquent une « protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause »[57].

35. Dans un crescendo judiciaire, la Cour de justice a d'abord autorisé, dans l'arrêt *Oceano Grupo*, le juge national à examiner d'office la nullité de la clause alors qu'il était saisi d'un litige opposant un professionnel à un consommateur. La Cour a franchi un pas de plus dans l'arrêt *Cofidis* en autorisant le juge à ignorer un délai de forclusion prévu par le droit national mais constituant un obstacle à l'éradication d'une clause abusive d'un contrat de consommation pour finalement admettre, dans l'arrêt *Mostaza Claro*, qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale pouvait apprécier la nullité de la convention d'arbitrage et annuler cette sentence au motif que la convention contenait une clause abusive, alors même que le consommateur avait invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation.

36. Cet impératif communautaire qu'est l'appréciation d'office du caractère abusif d'une clause balaie toute possibilité de débat sur la question de l'application du principe compétence-compétence. Dès lors, il ne semble pas faire pas de doute que si l'affaire *Dell* c. *Union des consommateurs et Dumoulin* avait été portée devant la CJCE dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour n'aurait pas retenu cet argument. Il aurait certainement été sacrifié sur l'autel du principe de l'effectivité

54. *Ibid.*
55. *Ibid.*
56. Point 26 de l'arrêt *Oceano Grupo*.
57. *Ibid.*

du droit communautaire au nom duquel « les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois [...] qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »[58].

37. Cette conception de la primauté à donner au droit matériel communautaire de la protection du consommateur sur l'autonomie procédurale des États membres a provoqué une levée de boucliers en doctrine, tant l'atteinte à la souveraineté des États dans une matière qui ne relève pas de la compétence de l'Union européenne est patente[59]. Il n'en demeure pas moins qu'au regard du droit européen de la consommation, l'autonomie procédurale cède devant l'exigence de procédés efficaces pour faire cesser l'utilisation des clauses abusives, au nom de la prévalence de l'intérêt du consommateur.

B. LA PRÉVALENCE DE L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR

38. Tant l'arrêt *Oceano Grupo* que l'arrêt *Cofidis* et l'arrêt *Mostaza Claro* font implicitement reposer la possibilité pour le juge de se saisir d'office du caractère abusif d'une clause sur la nécessité de protéger les intérêts du consommateur. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, cette nécessité est intimement liée aux dispositions de l'article 7 de la directive 93/13/CE. Mais elle dénote aussi une volonté explicite de la CJCE de mettre en œuvre une politique jurisprudentielle favorable à la protection du consommateur.

39. La méthode d'interprétation du droit communautaire utilisée par la Cour de justice est la méthode téléologique selon laquelle la finalité de la construction européenne guide le juge. Or cette finalité, en dehors des questions institutionnelles qui ne nous occupent pas ici, est celle du bon fonctionnement du marché intérieur. Or celui-ci résulte, à n'en pas

58. Point 24 de l'arrêt *Mostaza Claro*.
59. Voir les références précitées, note 23.

douter, d'un équilibre pas toujours facile à trouver entre l'intérêt des consommateurs et celui des professionnels[60]. Dans ce jeu de l'équilibre, la jurisprudence de la Cour de justice est fluctuante, privilégiant tantôt les professionnels[61], tantôt les consommateurs[62].

40. On peut alors s'interroger sur les raisons ayant conduit la Cour de justice à adopter une position aussi protectrice du consommateur dans le cadre de la directive sur les clauses abusives. Une des raisons majeures pouvant expliquer une telle approche est sans doute celle de l'importance que revêtent, en droit de la consommation, les questions de procédure et de compétence des juridictions. L'accès au juge est à n'en pas douter une des clefs de la protection du consommateur[63]. La protection de la partie faible est une protection sans intérêt si elle échappe au contrôle du juge, dont l'on peut estimer qu'il est sans doute le meilleur garant des intérêts du consommateur. Par ces arrêts *Oceano Grupo*, *Cofidis* et *Mostaza Claro*, la Cour de justice a sans doute voulu que le droit matériel de la protection du consommateur posé par les directives

60. En ce sens notamment, l'article 7 § 1 de la directive qui dispose « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel » (nous soulignons).

61. Voir, pour un exemple d'interprétation d'une directive de droit de la consommation favorable aux professionnels, l'arrêt du 4 mars 2004, *Cofinoga*, aff. C-264/02, Rec. I, p. 157.; *Rev. jur. com.*, 2004, p. 261, obs. A. RAYNOUARD, où la Cour a estimé que la directive 87/102/CEE concernant le contrat de crédit à la consommation « n'impose pas que, préalablement à chaque renouvellement, à des conditions inchangées, d'un contrat de crédit d'une durée déterminée [...] dont le taux d'intérêt est stipulé variable, le prêteur soit obligé d'informer par écrit l'emprunteur du taux annuel effectif global en vigueur ainsi que des conditions auxquelles ce dernier pourra être modifié ». Du point de vue de la protection du consommateur, cette décision n'est pas satisfaisante. En effet, on peut estimer que dès lors que le taux d'intérêt est stipulé variable, un rappel de ce dernier au consommateur soit inutile [...]. Sur cette question, voir É. POILLOT, *op. cit.*, n° 171 et suiv.

62. Pour un exemple significatif d'une politique jurisprudentielle protectrice du consommateur, voir les arrêts de la CJCE relatifs au droit de rétractation prévu par différentes directives où la Cour a plusieurs fois admis une extension du domaine d'application de ce dernier; voir CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97, Rec. I, p. 2195, et CJCE, 13 décembre 2001, *Heininger*, aff. C-481/99, Rec. I, p. 9945; sur ces arrêts, voir É. POILLOT, *op. cit.*, n° 217 et suiv.

63. Ce que l'avocat général Saggio avait du reste fait valoir dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Oceano Grupo*, conclusions qui ont été reprises dans le point 26 de la décision; voir *supra*, n° 34.

trouve un écho dans « l'émergence d'un droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur »[64].

41. Cette position nous apparaît devoir être approuvée, tant d'un point de vue général que du point de vue spécifique à l'arbitrage. On peut en effet douter que la juridiction arbitrale, parfaitement adaptée à la réalité du commerce, le soit tout autant à des litiges de moindre valeur financière et requérant au-delà d'une appréciation des exigences du commerce, celle de la protection de la partie faible[65]. Certes, elle est critiquable dans la mesure où elle semble nier en quelque sorte l'essence même de l'arbitrage, juridiction sans for, impartiale et correspondant à la volonté des parties de ne pas voir leur litige soumis aux juridictions étatiques. Pour autant, dans un domaine comme le droit de la consommation, où la volonté de se soumettre à une clause compromissoire s'exprime dans la très grande majorité des cas par l'intermédiaire d'un contrat d'adhésion, on peut douter de la réalité de cette volonté. Quant aux deux autres arguments, ils peuvent, à notre sens, être écartés au regard des spécificités du litige de consommation, déjà largement décrites.

42. La Cour de cassation n'en est pas nécessairement convaincue, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la 1re Chambre civile de la Cour de cassation du 30 mars 2004[66] qui, il est vrai, a été rendu précédemment à l'arrêt *Mostaza Claro*. Dans cette affaire à laquelle la Haute Juridiction française a donné une solution pour le moins étonnante au regard du droit communautaire, un consommateur avait été démarché à domicile et avait conclu, à la suite du démarchage, un contrat relatif à des placements sur des marchés à risque. L'investissement se révéla calamiteux et le consommateur saisit le Tribunal de Grande Instance de Paris en annulation du contrat. La société défenderesse lui opposa une clause compromissoire insérée dans le contrat et soumettant tout litige à un arbitrage de la *National Futures Association* aux États-Unis. La

64. B. LEBAUT-FERRARESE, « Le droit communautaire au soutien du consommateur (à propos du délai de forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation) », précité, note 46, n° 6.

65. Sauf, naturellement, ainsi qu'il a déjà été relevé plusieurs fois, à ce que l'institution arbitrale soit spécialisée dans ce type de litiges.

66. *Supra*, note 34.

Cour de cassation a approuvé la validité de la clause au motif « qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »[67]. Il est vrai que la question de sa validité ne lui avait pas été posée au regard de l'article L 132-1 C. consomm. mais de l'article 2061 C. civ.[68] et que le juge est tenu par les fondements donnés à leur demande par les parties[69]. Néanmoins, la possibilité de se saisir d'office le libère de ce carcan.

43. Dans ces conditions, quel que soit le motif du refus du juge national de se saisir de la question, il conduit, en droit français, à une violation du droit communautaire ouvrant à la victime de celle-ci une action en responsabilité contre l'État français devant le juge national[70]. Maigre consolation sans doute pour le consommateur qui a perdu ses économies dans un investissement hasardeux, mais consolation dont M. Dumoulin, citoyen canadien, ne pourra pas bénéficier!

Élise Poillot
Institut de droit comparé
Édouard Lambert
Université Jean Moulin-Lyon 3
6, cours Albert Thomas B.P. 8242
69355 Lyon cedex 08
France
Tél. : 33-4-78-78-70-58
Téléc. : 33-4-78-78-75-00
elise.poillot@univ-lyon3.fr

67. On notera qu'à la différence des juges de la Cour suprême, la Cour de cassation a conclu à l'interprétation des règles de droit international privé, admettant donc le caractère international du litige bien qu'il s'agisse d'un arbitrage, donc d'une juridiction sans for pour reprendre les termes de la Cour suprême.

68. Voir *supra*, note 28.

69. Art. 4 et 5 NCPC.

70. Sur cette question, voir dernièrement l'arrêt en Grande Chambre de la CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo* c. *Repubblica italiana*, aff. C-173/03.

Note de l'auteur : Depuis la mise sous presse de cet article, la Cour de Justice des Communautés européennes a confirmé les jurisprudences « Cofidis » et « Moztaza Claro » par un arrêt du 4 octobre 2007, *Époux Rampion* c. *SA Franfinance et autre*, aff. C-429/05, renforçant, s'il en était encore besoin, le pouvoir du juge national d'appliquer d'office les dispositions de transposition des directives communautaires.

Prenant finalement acte des décisions de la Cour de Justice, le législateur français a créé, dans le cadre de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, un nouvel article L 141-4 du Code de la consommation selon lequel « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application ». Au regard du droit positif français, la requête de M. Dumoulin aurait donc abouti.

La convention dite de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été transformée en règlement. Il s'agit du Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.