

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS
CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

J. Hage-Chahine et C. Abid, *Une redéfinition des contours de l'arbitrabilité du litige*, *bjda.fr* 2019, n° 61 (cycle « Droit et Pratique de l'assurance », Arbitrage et Assurance, IAP Paris I-Sorbonne).

Une redéfinition des contours de l'arbitrabilité du litige

Joséphine HAGE CHAHINE¹ et Chiraz ABID²

Assurance – Arbitrage

Joséphine HAGE CHAHINE³ et Chiraz ABID⁴

1. Un auteur avait affirmé que « *la modernité d'un droit se mesure à sa capacité à ne pas être constamment réformé* ».
2. **La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « Justice 21 »⁵ a réécrit l'article 2061 du Code civil, qui est actuellement à sa troisième version⁶.** Le changement de

¹ Docteur en droit de l'université Paris II, Panthéon-Assass, Avocate aux barreaux de Paris et de Beyrouth, Collaboratrice, cabinet *Leboulanger & Associés*.

² Docteur en droit de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

³ Docteur en droit de l'université Paris II, Panthéon-Assass, Avocate aux barreaux de Paris et de Beyrouth, Collaboratrice, cabinet *Leboulanger & Associés*.

⁴ Docteur en droit de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.

⁵ Voir en ce sens, « Actes du colloque annuel de l'association Paris Place de l'arbitrage », *Cah. arb.*, 2017-1, p.9 et s. Voir aussi, L. Weiller, « Compte-rendu de l'Atelier du groupe de pratique arbitrale du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 2017-3, pp.1083-1096.

⁶ Th. Clay, « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Cah. arb.*, 2017-1, pp.17 et s. Certains éléments de cet article ont déjà été publiés par l'auteur in « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXIe siècle" », *JCP G*, 2016, n° 1295.

terminologie opérée par le législateur entre les deux dernières versions de l'article 2061 du Code civil invite tout juriste à définir les notions et à repenser la matière.

3. L'objectif des développements qui suivront est d'analyser les conséquences de la réécriture de cet article sur l'étendue de l'arbitrabilité d'un litige d'assurance auquel est partie un assuré non professionnel. Avant de procéder à une telle analyse et à titre préliminaire, il convient de définir la notion d'arbitrabilité et de la distinguer des notions voisines.
4. L'arbitrabilité d'un litige est sa faculté à être résolu par la voie de l'arbitrage. Les critères de l'arbitrabilité sont posés par les articles 2059 et 2060 du Code civil. En effet, l'article 2059 du Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Ce texte définit l'arbitrabilité à partir de la libre disposition des droits⁷ et semble ainsi, en lui-même, relativement favorable à l'arbitrage. Quant à l'article 2060 du même Code⁸, il pose d'abord un bloc d'inarbitrabilité, à savoir l'Etat et la capacité des personnes, le divorce et la séparation de corps. D'autres matières non expressément visées par cet article sont également inarbitrables, à l'instar du droit pénal et du droit fiscal. L'article 2060 susmentionné pose ensuite un critère d'inarbitrabilité, qui est celui de l'ordre public, sans que l'arbitrabilité d'un litige ne soit exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable, puisqu'il appartient à l'arbitre de mettre en œuvre les règles impératives du droit sous le contrôle du juge étatique.
5. L'arbitrabilité ainsi définie, se distingue de la capacité et du pouvoir.
6. La capacité⁹ est l'aptitude à acquérir un droit (capacité de jouissance) et à l'exercer (capacité d'exercice, ou aptitude à faire valoir soi-même ses droits sans avoir besoin d'être assisté ou représenté par un tiers). S'agissant de la capacité des parties à conclure une convention d'arbitrage, celles-ci doivent avoir la capacité de disposer du droit

⁷ Les droits extrapatrimoniaux, et par opposition aux droits patrimoniaux, sont pour la plupart indisponibles.

⁸ L'article 2060 du Code civil dispose : « *on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans **toutes les matières qui intéressent l'ordre public***. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

⁹ Pour rappel, l'article 1145 du Code civil dispose : « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* ». Et l'article 1146 du même Code dispose : « *sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés ; 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425* ».

litigieux¹⁰ ; la conclusion d'une convention d'arbitrage étant un acte de disposition. Il convient de noter à cet égard que la capacité des personnes morales à compromettre a souvent été désignée par l'expression arbitralité subjective, par opposition à l'arbitralité objective du litige, qui est l'arbitralité *stricto sensu* ainsi que définie plus haut.

7. Quant au pouvoir, c'est l'aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne. A titre d'exemple, le représentant légal d'une société doit être muni d'un pouvoir exprès de compromettre, du fait que le pouvoir de transiger ne lui confère pas le pouvoir de compromettre, par application du principe de la spécialité du mandat¹¹.
8. Ayant défini l'arbitralité d'un litige, il convient de se demander si le nouvel article 2061 du Code civil est relatif à l'arbitralité.
9. Le nouvel article 2061 du Code civil dispose que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on **l'oppose**, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être **opposée*** ». Il ressort de l'emploi des termes « **oppose** » et « **opposée** », que l'article 2061 du Code civil a trait à la possibilité pour une partie d'exiger l'application de la clause compromissoire. Cet article ne traite donc pas de l'arbitralité, notion désignée par le législateur par les expressions « *peuvent compromettre* » et « *on ne peut compromettre* », respectivement aux articles 2059 et 2060 du Code civil.
10. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si, sous l'empire du nouvel article 2061 du Code civil, une clause compromissoire conclue en dehors de l'activité professionnelle serait moins sujette à des contestations pouvant aboutir à neutraliser ses effets. En d'autres termes, **cette réécriture a-t-elle instauré ce que certains auteurs**

¹⁰ Article 2059 du Code civil : « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ».

¹¹ Comme autre illustration, l'époux qui n'a pas la libre disposition des biens issus de la communauté, (contrairement aux biens propres) ne peut signer seul une convention d'arbitrage ayant pour objet ce bien commun. Cette solution résulte de la combinaison des articles 1424 (« *les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire* ».) et 2059 du Code civil cité plus haut.

ont appelé l'arbitrage pour tous¹² ? Il convient de rappeler qu'il est depuis longtemps admis que les assurés peuvent recourir à l'arbitrage une fois le litige né, en concluant un compromis, au motif qu'au moment où le litige est déjà né, les parties sont réputées ne plus être dans une position déséquilibrée¹³. Cette solution ne semble pas être remise en cause par la réécriture de l'article 2061 du Code civil du fait d'une part de la *favor arbitrandum* qui a guidé la révision dudit article, et du fait, d'autre part, de la *ratio legis* qui permet de justifier la validité d'un compromis conclu par un assuré non professionnel. En conséquence la question posée plus haut n'est pertinente que s'agissant de la clause compromissoire.

11. Ainsi, sera exposé dans un premier temps le passage de l'invalidité de la clause compromissoire à son inopposabilité (I) et dans un deuxième temps, seront abordées les conséquences pratiques de la mise en œuvre du nouvel article 2061 du Code civil (II).

I. Passage de l'invalidité à l'inopposabilité de la clause compromissoire

12. Après un bref exposé du passage progressif de l'invalidité de la clause compromissoire à son inopposabilité (A), cette dernière nouvelle sanction sera définie par opposition à l'ancienne sanction en la matière, à savoir la nullité relative (B).

A. Un passage progressif

13. Depuis l'arrêt *Prunier* du 10 juillet 1843¹⁴ (qui pouvait être vu comme le précurseur du droit de la consommation¹⁵), la Cour de cassation a prononcé la nullité de la clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurance-incendie souscrit par un particulier avec son assureur. La décision de la Cour de cassation a été guidée par un souci de protéger l'assuré, qui n'est pas en mesure de négocier les termes de son contrat, du fait du rapport de force déséquilibré entre les parties. La haute Cour a également souligné

¹² Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *JCP G* 2016, n° 1295, §26.

¹³ Cass. civ., 1^{ère}, n° 09-12.126 : « attendu que le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen ». Autrement dit, le compromis signé entre un assureur et son assuré n'a pas été considéré par la haute cour comme une clause abusive.

¹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 10 juillet 1843.

¹⁵ Voir en ce sens, B. Beignier, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 2008-2, pp. 227 – 262, spé. p. 228.

le risque d'autoriser l'insertion par avance d'une clause compromissoire dans de tels contrats afin que celle-ci ne devienne pas une clause de style systématiquement imposée par le professionnel¹⁶.

14. Cette solution radicale a été maintenue jusqu'à l'intervention d'une loi du 31 décembre 1925, qui est venue autoriser la clause compromissoire en matière commerciale¹⁷.

15. Ensuite, la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, et « *dans la droite ligne de l'arrêt Prunier* »¹⁸, est venue prohiber la clause compromissoire en matière civile. Plus précisément, la première version de l'article 2061 du Code civil prévoyait que « *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ». Il était notamment admis que la clause compromissoire était valable en matière commerciale depuis la loi du 31 décembre 1925¹⁹. L'assouplissement jurisprudentiel le plus marquant à cette époque était la proclamation par la jurisprudence de l'inapplicabilité de l'article 2061 du Code civil à l'arbitrage international en vertu d'une règle matérielle française retenant un principe de validité, sans condition de commercialité, de la clause compromissoire insérée dans un contrat international²⁰.

16. Avec la loi du 15 mai 2001²¹, l'article 2061 du Code civil dans sa deuxième version disposait que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Le critère de validité de la clause compromissoire était donc qu'elle soit conclue en raison de « l'activité professionnelle », qui peut se définir comme un

¹⁶ F. Turgnié, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *RGDA*, n°2012-1, p.177. Voir aussi, C Jallamion, « Risque, assurance et arbitrage », *RGDA*, 2012-1, pp.163 et s. e générale du droit des assurances - n°2012-01 - page 17.

¹⁷ La loi du 31 décembre 1925 est venue ajouter l'alinéa suivant à ce qui était, à l'époque, l'article 631 du Code de commerce, article qui définissait la compétence des tribunaux de commerce : « *toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire* ».

¹⁸ M. Boucaron-Nardetto, « La réforme de l'article 2061 du Code civil », *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer, 2017, Volume 10, n°1, pp.109-129.

¹⁹ Divers textes législatifs ont, par la suite, posé d'autres « *exceptions législatives* » au principe de prohibition, à l'instar de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales « *soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* » qui a permis l'insertion de clauses compromissoires dans les statuts des sociétés de ce type pour la résolution des « *contestations qui surviendraient entre associés pour raison de leur société* ».

²⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 5 janvier 1999, n° 96.81-430 : « *vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* ».

²¹ Relative aux nouvelles régulations économiques.

travail, dépendant ou indépendant, caractérisé par l'accomplissement régulier de certains actes et par la poursuite d'un but lucratif. Ce nouveau critère de l'activité professionnelle dépasse la distinction antérieure entre acte civil et acte commercial ; une activité professionnelle pouvant se développer au-delà du strict droit commercial, comme par exemple une activité artisanale, libérale ou agricole²². L'article 2061 du Code civil excluait ainsi les clauses compromissaires des contrats de consommation, dont notamment les contrats d'assurance, et curieusement des contrats de travail, qui sont pourtant conclus dans le cadre d'une activité professionnelle.

17. Avec la loi Justice 21²³, l'article 2061 du Code civil dispose désormais que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Il résulte d'abord de l'alinéa 1 de cet article que la seule condition de validité de la clause compromissoire posée par le législateur est son acceptation. Ce qui ne devrait pas surprendre puisque l'arbitrage repose entièrement sur le consentement des parties²⁴. Ensuite, le critère de l'activité professionnelle a été maintenu à l'alinéa 2, sans pour autant que le législateur n'y apporte plus de précision. Enfin et surtout, l'article 2061 du Code civil n'emploie plus le terme « valable » : le législateur a ainsi délibérément choisi de se placer sur le terrain de l'inopposabilité (c'est-à-dire sur le terrain des effets du contrat, plutôt que sur celui de l'invalidité), nouvelle sanction qu'il convient de définir.

B. Une sanction originale : l'inopposabilité²⁵

²² Les activités qui seraient exercées par des personnes physiques ou morales, même non commerçantes (sociétés civiles, GIE, associations professionnelles), sont ainsi couvertes.

²³ F. Turgnié, « L'arbitrabilité du droit des assurances », *RGDA*, n°2012-1, p.177 et s. : En droit comparé, l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, le Luxembourg et la Suède ont une législation qui interdit l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats d'assurances conclus par des particuliers. En revanche, une telle clause est valable dans les pays suivants : le Danemark, l'Espagne, la Grande-Bretagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas et le Portugal.

Aux Etats-Unis, 23 États ont une législation qui autorise l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats d'assurance conclus avec des particuliers et 16 États prohibent l'insertion d'une telle clause.

²⁴ Th. Clay, « Arbitrage et transaction », *JCP G*, n° 48, 28 novembre 2016, p.2224, §15.

²⁵ Sur les conséquences de la réécriture de l'article 2061 du Code civil sur les clauses compromissaires insérées dans un contrat de travail interne voir : J. Icard, « De la nullité à l'inopposabilité des clauses compromissaires stipulées dans un contrat de travail interne », *Cah. soc.*, 2012, n°238, pp. 35 et s.

18. Avant la loi Justice 21, la sanction d'une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu en dehors de l'activité professionnelle était la nullité relative²⁶. La nullité est une sanction qui s'attache à la formation du contrat et aboutit à son anéantissement rétroactif. Il convient dès lors, après le prononcé d'une nullité, de restaurer le *statu quo ante* en procédant à des restitutions. S'agissant de la clause compromissoire, celle-ci étant dépourvue de contenu obligationnel, la question des restitutions ne se pose pas et sa nullité implique seulement qu'elle soit réputée non écrite²⁷.
19. En présence d'une nullité de protection, donc d'une nullité simplement relative, la partie protégée pouvait décider soit de s'en prévaloir (en saisissant directement une juridiction étatique²⁸, soit d'y renoncer (en saisissant elle-même le tribunal arbitral²⁹). En d'autres termes, la partie protégée disposait d'une option : saisir le tribunal étatique en invoquant la nullité de la clause compromissoire ou saisir le tribunal arbitral en renonçant à invoquer ladite nullité.
20. Deux fondements légaux permettaient à l'assuré de demander la nullité de la clause compromissoire : l'ancien article 2061 du Code civil ainsi que les articles L. 212-1³⁰ et

²⁶Les règles qui régissent la clause compromissoire sont destinées à protéger les intérêts privés des parties contractantes. Leur violation entraîne la nullité relative de la convention. Il s'ensuit que seule la personne que la norme violée avait vocation à protéger est susceptible d'agir en nullité. La nullité étant relative, la clause compromissoire est susceptible d'être confirmée. La jurisprudence admet que la participation des parties, en connaissance de cause, à l'arbitrage vaut renonciation au droit d'agir en nullité (voir en ce sens Cass. civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 01-10.047).

²⁷C'est la solution retenue par l'article 1446 du Code de procédure civile (applicable en matière d'arbitrage international, par renvoi opéré par l'article 1505 du même Code) qui dispose que « *lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite* ».

²⁸ Ou en contestant la compétence du tribunal arbitral saisi.

²⁹ Ou en acceptant de participer à la procédure arbitrale sans exciper de l'incompétence du tribunal arbitral.

³⁰Article L 212-1 du Code de la consommation : « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles [1188](#), [1189](#), [1191](#) et [1192](#) du code civil, 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. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère abusif de la clause litigieuse. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des

R. 212-2³¹ du Code de la consommation, en vertu desquels une clause compromissoire est réputée abusive, c'est-à-dire réputée non écrite, sauf preuve contraire rapportée par le professionnel³². Les dispositions du Code de la consommation ont l'avantage, par rapport à l'ancien article 2061 du Code civil, de permettre au consommateur de se prévaloir pour la première fois de la nullité de la clause compromissoire devant le juge de l'annulation, bien qu'ayant participé à toute la procédure d'arbitrage sans soulever ladite nullité. En effet, dans un arrêt du 26 octobre 2006, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a décidé que l'on ne peut opposer au consommateur la règle de l'*estoppel*³³ en vertu de laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui³⁴.

21. Avec la loi Justice 21, le législateur a opté pour la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire conclue en dehors de l'activité professionnelle. L'inopposabilité se définit comme l'absence d'effet d'un acte ou d'un jugement à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés³⁵. Cette sanction s'attache aux effets du contrat (et non à sa formation) et n'aboutit pas à l'anéantissement rétroactif de la clause compromissoire. Du point de vue du droit des obligations, le recours à la notion d'inopposabilité dans les relations des parties peut surprendre. En effet, classiquement,

bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ».

³¹ Article R. 212-2 du Code de la consommation : « dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1° *Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;*
- 2° *Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce ;*
- 3° *Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;*
- 4° *Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;*
- 5° *Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ;*
- 6° *Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 ;*
- 7° *Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;*
- 8° *Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel ;*
- 9° *Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ;*
- 10° 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 ».

³² La sanction de la clause réputée non écrite, est d'un point de vue technique, une nullité relative ponctuelle.

³³ Désignée également par le principe de cohérence.

³⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 26 octobre 2006, affaire n° C-168/05.

³⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2000, 8e éd. V. « *Inopposable* » : neutralisation des effets d'un acte.

l'inopposabilité est une sanction utilisée dans les rapports avec les tiers. La clause est ainsi inopposable à l'égard des tiers mais reste efficace entre les parties, car ce dont il est question entre les parties, c'est la force obligatoire du contrat. Or rendre une clause facultative, c'est remettre en cause la force obligatoire du contrat.

22. Appliquée au contrat d'assurance, la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire signifie que l'assureur ne peut pas l'imposer à l'assuré, ce dernier pouvant par contre librement choisir de la mettre en œuvre. Cette solution permet de réhabiliter le principe de la liberté contractuelle au sein de l'institution de l'arbitrage en supprimant une ancienne exception tirée d'un souci de protection d'une partie jugée plus faible, en l'occurrence l'assuré non professionnel.
23. Après avoir exposé l'élaboration progressive du nouvel article 2061 du Code civil et défini la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire conclue en dehors de l'activité professionnelle, en la comparant à l'ancienne sanction de la nullité relative, est-il possible d'affirmer que la réécriture de cet article 2061 a apporté un réel changement à l'état du droit antérieur en la matière ?

II. Mise en œuvre du nouvel article 2061 du Code civil

24. L'étude du régime juridique de l'opposabilité (A) permettra d'identifier les véritables changements apportés par le nouvel article 2061 du Code civil à l'état du droit antérieur (B).

A. Régime de l'opposabilité

25. Le régime juridique comprend, outre les conditions d'application qui ont été déjà exposées³⁶, un champ d'application (1) et des effets juridiques (2).

1- Champ d'application du nouvel article 2061 du Code civil

i- Champ d'application temporel

26. Les dispositions de l'article 11 de la loi Justice 21 sont silencieuses s'agissant de l'application dans le temps du nouvel article 2061 du Code civil. C'était également le cas de la loi NRE de 2001 qui a introduit l'ancien article 2061 du Code civil et pour

³⁶ Voir *supra*, § 17.

lequel la jurisprudence avait considéré qu'il était d'application rétroactive³⁷, en ce sens qu'il s'appliquait à des clauses compromissaires conclues antérieurement à son entrée en vigueur³⁸. En adoptant une telle solution, la jurisprudence avait validé rétroactivement des clauses compromissaires pourtant nulles au jour de leur conclusion³⁹.

27. Quant à l'application dans le temps du nouvel article 2061 du Code civil, et faute d'une jurisprudence en la matière, il serait possible soit de transposer par analogie la jurisprudence antérieure, par application du principe de la *favor arbitrandum*, soit d'appliquer la règle classique de la non-rétroactivité de la loi nouvelle en l'absence d'une stipulation contraire, expressément prévue par le législateur.

28. Il nous semble que le nouvel article 2061 du Code civil devrait être d'application rétroactive à l'instar de son ancienne version, afin de respecter la *ratio legis* de la loi Justice 21, à savoir la promotion de l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges et son extension aux consommateurs. De plus, si la jurisprudence qui s'était prononcée sur l'ancienne version de l'article 2061 du Code civil avait décidé de valider rétroactivement des clauses nulles, il est *a fortiori* envisageable de considérer (de façon rétroactive) comme simplement opposables, des clauses qui auraient été nulles sous l'ancien article.

ii- Champs d'application substantiel

³⁷ Cass. civ. 1ère, 22 novembre 2005, SCP Ménard-Quimbert c/ Beauchard, n° 04-12655 : « attendu qu'aux termes de ce texte, en sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus en raison d'une activité professionnelle ; qu'il en résulte qu'une telle clause, stipulée dans de tels contrats, nulle sous l'empire du texte antérieur, peut être invoquée à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution de ces contrats, peu important, à cet égard, qu'ils aient ou non pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ».

Voir aussi Cour d'appel d'Orléans, ch. com. éco. et fin., 18 mars 2004, SA Consortium de prévoyance et de gestion COPREGE c/ La Mutuelle de France, RG n° 03/01760 : « que la volonté du législateur, favorable à la validité des clauses compromissaires, est donc ici conforme à l'attente des parties qui avaient entendu soumettre à l'arbitrage leurs différends ; que, surtout, la clause compromissoire, comme la clause de compétence en général, est une clause contractuelle de nature particulière, assurant le lien entre le contrat et le procès, qui a pour objet la mise en œuvre d'une règle de procédure, de sorte qu'en droit transitoire, il y a lieu d'appliquer immédiatement la loi nouvelle qui la rend valable au moment où elle produit son effet, c'est-à-dire celui de l'introduction d'une instance, et non la loi ancienne qui l'annulait au jour de la conclusion du contrat qui la contient ».

³⁸ Cette position jurisprudentielle est en contradiction avec l'article 2 du Code civil qui dispose que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

³⁹P. Roshier, « Application dans le temps de la loi sur la justice du XXIème siècle », *Cah. arb.*, 2017-1, page 33 ; Th. Le Bars, « L'actuel article 2061 du Code civil serait rétroactif », *D.* 2006, p. 277 ; Th. Le Bars, P. Callé, « Clause compromissoire : l'application rétroactive de l'article 2061 du Code civil », *JCP G*, n° 26, 23 Juin 2004, II, 10103.

29. Le nouvel article 2061 du Code civil s'applique-t-il exclusivement à l'arbitrage interne ou serait-il applicable également à l'arbitrage international⁴⁰ ?
30. Un argument favorable à l'applicabilité de cet article à l'arbitrage international pourrait être tiré du principe selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, ce qui est le cas du nouvel article 2061 du Code civil, conçu en termes très généraux.
31. Un argument en sens contraire pourrait être tiré de la jurisprudence relative aux versions antérieures dudit article, qui avaient toutes été cantonnées à l'arbitrage interne⁴¹. Un second argument permettant d'exclure l'application de l'article 2061 du Code civil aux contrats internationaux serait l'existence d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, en vertu de laquelle la clause compromissoire est valable indépendamment de la loi qui lui est applicable⁴².
32. Par ailleurs, le Ministre de la Justice s'est prononcé en faveur de l'inapplicabilité de ce nouvel article à l'arbitrage international, solution qui mérite d'être approuvée en présence de la règle matérielle spéciale précitée.
33. En outre, le nouvel article 2061 du Code civil ne s'applique pas lorsque les parties sont sur un pied d'égalité. Cette solution a été confirmée en date du 16 mai 2017 par le Ministère de la Justice⁴³.
34. Pratiquement, l'article 2061 du Code civil ne s'applique pas dans les trois hypothèses suivantes :
- un arbitrage entre deux parties non professionnelles, personnes physiques ;
 - un arbitrage entre deux parties professionnelles, personnes morales ;
 - un arbitrage entre une personne morale non professionnelle et un particulier personne physique .

⁴⁰ Ph. Pinsolle «Does the new version of the Article 2061 of the French Civil Code apply to International Arbitration? », *Cah. arb.*, 2017-1, p.39.

⁴¹ Dans une réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du Code civil en matière d'arbitrage international, les autorités publiques avaient souligné que « *sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, cette limitation (la nullité) semble devoir être étendue aux contrats internationaux conclus par des consommateurs domiciliés en France avec des professionnels établis à l'étranger, dans la mesure où la stipulation d'une clause compromissoire dans ce type de contrats expose le consommateur à des risques équivalents, sinon supérieurs à ceux résultant de l'insertion d'une telle clause dans un contrat interne* », Réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 en matière internationale, *JO Sénat du 31 janvier 2002*, p.314.

⁴² Th. Clay, « Arbitrage - La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G*, n° 16, 21 avril 2014, doctrine, p. 492, § 59.

⁴³ Réponse complète du Ministère de la Justice publiée in *Rev. arb.*, 2017, p. 773.

35. Une telle solution se justifie dans la mesure où la sanction de l'inopposabilité vise, *a priori*, à restaurer l'équilibre dans l'hypothèse d'une relation contractuelle entre une partie forte et une partie faible. Dès lors, son application paraît avoir vocation à rester cantonnée à cette situation. En d'autres termes, lorsque les parties sont sur un pied d'égalité, la raison d'être de cette règle s'effondre et la clause d'arbitrage doit pouvoir être opposable à tous les signataires qui y ont consenti⁴⁴.

2- Les effets juridiques

i- L'option de compétence

36. L'article 2061 du Code civil dans sa nouvelle rédaction ouvre aux signataires non professionnels une option de compétence. En matière de contrat d'assurance, l'assuré non professionnel peut ainsi choisir d'écarter le jeu de la clause compromissoire s'il décide de saisir la juridiction étatique⁴⁵. Il ne peut donc être contraint par l'assureur de recourir à l'arbitrage. A cet égard, il est intéressant d'observer que l'inopposabilité permet d'opérer un glissement dans la décision de recourir à l'arbitrage : d'une décision unilatérale d'insérer la clause compromissoire par l'assureur -qui préétablit des contrats d'adhésion d'assurance- à une décision unilatérale de l'assuré de faire jouer la clause⁴⁶.

37. La situation de l'assuré non professionnel devient comparable à celle du salarié. En effet, la sanction de l'inopposabilité existait déjà pour le contrat de travail international⁴⁷, pour lequel la jurisprudence avait validé la clause compromissoire, tout en la rendant inopposable au salarié s'il préférait finalement le juge judiciaire. La règle avait ensuite été étendue au contrat de travail interne⁴⁸.

38. Avec la réécriture de l'article 2061 du Code civil, le législateur a aligné le régime des sanctions des clauses compromissoires conclues en matière de consommation avec celui des clauses compromissoires conclues en matière de droit du travail. Désormais, le consommateur en matière interne, qui dispose d'une option de compétence, bénéficie

⁴⁴ Th. Clay, « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Cah. arb.*, 2017-1, p.17, § 20.

⁴⁵ Th. Clay, « L'arbitrage, justice du travail », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. Keller, *LGDJ*, 2008, p. 123.

⁴⁶ M. De Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *Economica*, 2013, n°268, p.208.

⁴⁷ Cass. soc. 16 février 1999, n° 96-40.643, Château Tour Saint-Christophe, *Bull. civ. V*, n° 78, *Gaz. Pal.* 1^{er}-2 mars 2000, obs. M.-L. Niboyet ; *LPA* 2000, n° 158, p. 4, obs. F. Jault, et note J.-G. Mahinga ; *Dr. et patr.* 1999. 2390, obs. P.-H. Antonmattéi ; Cass. soc., 30 novembre 2011, Deloitte : *Bull. civ. V*, n° 277 ; *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto.

⁴⁸ Cass. Soc. 30 novembre 2011, n° 11-12.905, Deloitte, *Bull. civ. V*, n° 277.

d'un statut plus protecteur que le consommateur en matière internationale, ce dernier ne disposant pas d'une telle option et qui est lié par la clause compromissoire qu'il a valablement conclue⁴⁹.

ii- A quel moment cette nouvelle exception d'inopposabilité doit être invoquée ?

39. Selon une première conception, pour pouvoir être utilement invoquée, l'inopposabilité suppose que l'assuré n'ait pas déjà consenti à la procédure arbitrale, expressément ou tacitement, en consentant par exemple à la désignation de l'arbitre sans émettre de réserves. Ce qui signifie que la partie qui veut se prévaloir de l'inopposabilité devrait le faire dès le début de la mise en œuvre de la procédure arbitrale⁵⁰.

40. Une seconde conception, plus nuancée, serait de soutenir que l'inopposabilité de la clause compromissoire peut être invoquée même après avoir mené à terme une procédure d'arbitrage, nonobstant la règle de l'*estoppel*, qui interdit à une partie de se contredire au détriment d'autrui. Cette approche conférerait une portée maximale à l'option ouverte par le nouvel article 2061 du Code civil.

41. Le souci de protéger la partie faible, en l'occurrence l'assuré, prônerait la première conception, alors que le principe de la *favor arbitundum* favoriserait la solution contraire. La jurisprudence aura sans doute à trancher prochainement cette question.

iii- Est-il possible de renoncer par anticipation à l'inopposabilité de la clause compromissoire ?

42. La renonciation à un droit n'est possible que lorsqu'il est acquis, ce qui correspond dans notre hypothèse au moment de la mise en œuvre de la clause compromissoire par l'une ou l'autre des parties. Toutefois, dans la mesure où le principe est désormais celui de la validité de la clause compromissoire, il serait envisageable de considérer que l'assuré puisse renoncer à l'inopposabilité de la clause compromissoire dès la conclusion du contrat, à condition de le faire en pleine connaissance des circonstances dans lesquelles la procédure arbitrale est appelée à se dérouler, comme par exemple dans le cadre d'un

⁴⁹ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXI siècle », *JCP G*, n° 48, 28 Novembre 2016, doct. 1295, §18 ; Cass. civ. 1ère, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 537 note E. Gaillard ; *JDI* 1998, p. 969, note S. Poillot-Peruzzeto ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87 note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, p. 330, obs. E. Loquin.

⁵⁰ Th. Clay, « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Cah. arb.*, 2017-1, p.17, § 21.

arbitrage institutionnel. La jurisprudence pourrait opportunément se prononcer sur ce point également.

43. Il convient à présent de vérifier si la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire aboutit à des conséquences concrètes véritablement différentes de la nullité relative ; cette dernière sanction offrant également à la partie protégée une option de compétence qui consiste à saisir soit le tribunal arbitral (en confirmant la clause nulle), soit le tribunal étatique (en invoquant la nullité de ladite clause).

B. Les véritables changements

44. « *L'arbitrage pour tous* » est-il vraiment une nouveauté de la loi Justice 21 ? Il résulte de l'analyse qui précède, qu'il est difficile d'affirmer que la réécriture de l'article 2061 du Code civil opère un réel changement par rapport au droit antérieur du fait que les deux sanctions, à savoir la nullité relative et l'inopposabilité, offrent toutes les deux une option de compétence à l'assuré. L'arbitrage pour tous aurait donc existé même avant la loi Justice 21.
45. Toutefois la réécriture de l'article 2061 du Code civil aboutit, à tout le moins, aux deux changements suivants : d'abord, même si l'assuré peut toujours se prévaloir des dispositions du Code de la consommation pour annuler une clause compromissoire, il n'est pas certain de pouvoir toujours qualifier une clause compromissoire conclue sous l'empire du nouvel article 2061 du Code civil d'abusive : en offrant une option de compétence au consommateur, il ne s'agirait plus d'une clause qui obligerait le consommateur à saisir « exclusivement » un tribunal arbitral, clause qui ne tomberait donc plus dans la liste des clauses réputées abusives par le Code de la consommation⁵¹.
46. Ensuite, avec la nouvelle sanction de l'inopposabilité, et dans l'hypothèse de litiges qui se succèdent dans le temps, il serait possible pour le signataire non professionnel d'une clause compromissoire de décider, au cas par cas, de se prévaloir de son inopposabilité de cette dernière. Alors que si la nullité relative est invoquée à l'occasion d'un premier litige, il est moins probable d'admettre qu'à l'occasion d'un litige ultérieur, un signataire

⁵¹ Th. Clay, « Arbitrage - La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G*, n° 16, 21 Avril 2014, doct. 492, § 67.

non professionnel puisse changer d'avis en vertu de l'effet définitif attaché à la confirmation des actes nuls ainsi qu'en vertu de la règle de l'*estoppel*⁵².

47. Pour conclure, la nouvelle version de l'article 2061 du Code civil n'a pas réellement bouleversé le régime juridique de la clause compromissoire conclue en dehors de l'activité professionnelle. Néanmoins, le changement de terminologie adopté par le législateur (en l'occurrence, le passage de l'invalidité à l'inopposabilité de ladite clause) constitue une nouvelle marque de confiance envers la justice arbitrale, autrefois regardée avec méfiance⁵³.

⁵² Ch. Jarroson, J-B. Racine, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.*, 2016-4, pp. 1118 – 1119.

⁵³ M. Boucaron-Nardetto, « La réforme de l'article 2061 du Code civil français », *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, Volume 10-1, pp. 109 – 129.