

Recibido: 10 marzo 2107
Aceptado: 17 abril 2017

Arbitraje, vol. X, n° 1, 2017, pp. 109–129

La réforme de l'article 2061 du Code civil français

Magali BOUCARON–NARDETTO *

Summaire: I. La nécessité d'acceptation de la clause compromissoire par la partie atraite à l'arbitrage. 1. Contenu. 2. Portée. II. L'inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. 1. Le champ d'application du dispositif protecteur. 2. La nature de la sanction.

Résumé: La réforme de l'article 2061 du Code civil français

Une réforme d'envergure de la Justice française a été opérée par la loi n° 2016–1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. La principale innovation concernant le droit de l'arbitrage consiste dans la refonte de l'article 2061 du Code civil. Cette refonte apparaît comme une réforme "surprise", parce que le projet de loi initial du 31 juillet 2015 n'envisageait pas la réécriture de cet article. Cette étude donne réponse à questions fondamentales: Le nouvel art. 2061 C. civ. a) opère-t-il une véritable révolution juridique consacrant la "clause compromissoire pour tous"?; b) s'appliquera-t-il exclusivement à l'arbitrage interne, ou sera-t-il étendu à l'arbitrage international ?.

Mots-clés: DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE – CLAUSES COMPROMISSOIRES – ART. 2.061 CODE CIVILE.

Resumen: La reforma del art. 2061 del Código civil francés

La Ley n° 2016–1547, de 18 noviembre 2016, de modernización de la justicia en el siglo XXI, ha supuesto un reforma de gran envergadura. La principal innovación relativa a la ley de arbitraje ha sido la reforma del art. 2.061 del Código Civil. Esta reforma ha constituido una gran sorpresa, pues en el proyecto de ley inicial, de 31 julio 2015 no se contemplaba una reelaboración del precepto. El presente estudio proporciona respuestas a dos cuestiones fundamentales: ¿El nuevo art. 2061 constituye una simple confirmación de la validez de las cláusulas compromisorias, acompañada de una modificación de la sanción de una cláusula compromisorias inserta por una parte no profesional, sustituyendo la inaplicabilidad por la nulidad?, o, por el contrario, ¿constituye una verdadera revolución jurídica al establecer la "cláusula de arbitraje para todos"?

* Maître de conférences en droit privé à l'Université de Nice – Sophia–Antipolis (UNS)

Palabras clave: DERECHO FRANCÉS DEL ARBITRAJE — CLÁUSULAS COMPROMISORIAS — ART. 2.061 CODE CIVILE.

1. La méfiance envers l'arbitrage, qui caractérisait autrefois le droit français, est révolue. Cette affirmation ne souffre plus de discussions en droit français de l'arbitrage international, qui se singularise au contraire par la *favor arbitrandum*. L'affirmation est moins évidente en droit interne. Depuis le célèbre arrêt *Prunier*¹, les clauses compromissoires sont regardées avec défiance. La loi n° 2016–1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite J21, marque-t-elle une nouvelle étape dans la confiance faite envers l'arbitrage interne en mettant fin à la nullité des clauses compromissoires ? C'est ce qu'il convient de mesurer par l'étude du nouvel article 2061 C. civ.

2. Une réforme d'envergure de la Justice française a été opérée par la loi n° 2016–1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite J21². Au second titre, qui a pour but d'"encourager les modes alternatifs de règlement des différends", l'article 11 de la loi prévoit quatre dispositions relatives à l'arbitrage. Trois d'entre elles tendent à opérer un simple toilettage sémantique de certaines dispositions du Code civil qui pouvaient être affectées d'une certaine ambiguïté³. La principale innovation concernant le droit de l'arbitrage consiste dans la refonte de l'article 2061 C. civ.

3. Dans sa version initiale résultant de la loi n° 72–626 du 5 juillet 1972, et dans la droite ligne de l'arrêt *Prunier*⁴ prohibant la clause compromissoire en matière interne, et révélant toute la méfiance dont

¹ Civ., 10 juil. 1843, S. 1843. 1. 561, note Devilleneuve, concl. Hello; D. 1843. 1. 343; reproduit in *Rev. arb.* 1992, p. 399.

² Sur laquelle *vid.* not. N. Fricero, "Procédure civile. Panorama janvier 2016 – décembre 2016", *D.*, 2017, p. 422.

³ Tout d'abord, l'intitulé du titre XVI du livre III "Du compromis" est remplacé par "De la convention d'arbitrage". La modification est opportune dans la mesure où les dispositions contenues dans ce titre – les articles 2059 à 2061 C. civ. – traitent non seulement du compromis, mais également de la clause compromissoire. Le titre XVI du Code civil est ainsi en accord avec la notion de la convention d'arbitrage telle que définie par l'article 1442 CPC. Ensuite, l'article 1592 du Code civil utilisait le terme d'"arbitrage" afin de désigner le mode de fixation du prix par un tiers, qui est remplacé par le terme "estimation". Enfin, l'article 2412, alinéa 2, du Code civil relatif à l'hypothèque judiciaire retenait l'expression de "décision arbitrale", qui est remplacé par la notion de "des sentences arbitrales revêtues de l'exequatur".

⁴ Civ., 10 juil. 1843, *op. cit.*

faisait l'objet l'arbitrage, l'article 2061 prévoyait que "La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi"⁵. Il était admis que la clause compromissoire n'était donc valable qu'en matière commerciale depuis que sa validité avait été admise par une loi du 31 décembre 1925 par des dispositions dérogatoires prévues au Code de commerce⁶. Par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, l'article 2061 C. civ. allait être modifié afin d'étendre la validité des clauses compromissoires aux contrats conclus entre professionnels. L'ancien article 2061 C. civ. prévoyait ainsi que "Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle"⁷. Désormais, la nouvelle version du texte tel que modifié par l'article 11 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 prévoit 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".

4. La refonte de l'article 2061 C. civ. apparaît comme une réforme "surprise". Comme l'ont souligné des auteurs particulièrement avertis, "aucune demande issue des milieux juridiques spécialisés ne s'était fait entendre"⁸, et le contentieux relatif à la validité des clauses compromissoires internes était rare⁹. Le projet de loi initial

⁵ P. Level, "Une première retouche au droit de l'arbitrage. Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972", *JCP*, 1972, I, 2494.

⁶ Article L. 721-3 C. Com.: "Les tribunaux de commerce connaissent:

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées".

⁷ Ph. Fouchard, "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", *Rev. arb.*, 2001, p. 397; Ch. Jarrosson, "Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001", *JCP*, 2001, I, 333; B. Moreau et L. Degos, "La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée", *Gaz. Pal.*, 14 juin 2001, n° 165, p. 6; Ph. Marini et F. Fages, "La réforme de la clause compromissoire", *D.*, 2001, chron. p. 2258; M.-Cl. Rivier, "La réforme de la clause compromissoire", *LPA*, n° 197, 2 oct. 2003, p. 26.

⁸ Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *Rev. arb.*, 2017, p. 1, spéc. p. 5, n°10.

⁹ *Vid.*, *v.gr.*, Civ. 2e, 16 juin 2011, n° 10-22.780, *Bull. civ.*, II, n° 133; *Rev. dr. civ.*, 2011, 1279, note Y. Sérinet; Civ. 1^{re}, 29 févr. 2012, n° 11-12.782, *Bull. civ.*, I, n° 40, *D.*, 2012, p. 689, obs. X. Delpech; *JCP*, 2012, n° 405, note J. Monéger, *Rev. arb.*, 2012.359, note M. de

du 31 juillet 2015, s'il comportait des dispositions consacrées aux modes alternatifs de règlement des différends, n'envisageait pas la réécriture de l'article 2061 C. civ. Les seules dispositions relatives au droit de l'arbitrage portaient sur les modifications terminologiques précitées. C'est seulement dix mois plus tard, le 30 avril 2016, qu'un amendement sera présenté par le Gouvernement proposant une réforme de l'article 2061 C. civ.

5. Cet amendement "surprise" a également étonné par les modalités d'élaboration du nouveau texte. Les réformes les plus récentes conduites en droit français de l'arbitrage sont généralement précédées de concertations avec les milieux académiques¹⁰, le caractère collectif de la réflexion – et donc son caractère contradictoire – contribuant à la qualité des textes. Cela a été le cas pour la réforme du droit de l'arbitrage par le décret de 2011, comme lors de la première réforme de l'article 2061 réalisée par la loi de 2001. Si la précédente réforme de l'article 2061 C. civ. avait pu être qualifiée de "laborieuse"¹¹, la réforme actuelle s'est opérée par surprise, de manière relative rapide, sans débat ni concertation.

6. L'absence de débats n'est pas sans conséquence sur la clarté du texte, qui révèle d'ores et déjà des ambiguïtés mises en lumière par les premiers commentateurs¹². Les divergences de vue sur la réforme opérée sont également le signe de maladresses rédactionnelles. Le nouvel article 2061 C. civ. constitue-t-il une simple confirmation de la validité des clauses compromissoires conclues entre professionnels, accompagnée d'une modification de la sanction d'une clause compromissoire conclue par une partie non professionnelle, l'inopposabilité se substituant à la nullité ? Ou opère-t-il une véritable révolution juridique consacrant la "clause compromissoire pour tous"¹³ ?

Fontmichel; Civ. 1^{re}, 22 oct. 2014, n° 13–11.568, *D.* 2014. 2541, obs. Th. Clay; *ibid.* 2015. 56, note B. Dondero; *AJCA*, 2015. 74, obs. M. Boucaron–Nardetto.

¹⁰ Ch. Jarrosson et J.–B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 5, n° 10.

¹¹ Ph. Fouchard, "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", *loc. cit.*

¹² Ch. Jarrosson et J.–B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 7, qui mettent en évidence les "incertitudes relatives au nouvel article 2061 du Code civil".

¹³ En ce sens, Th. Clay, "Panorama. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges", *D.*, 2016. 2589; H. Guyader, "Loi Justice du XXI^e siècle: promotion de l'arbitrage pour tous", *Les échos*, 15 déc. 2016.

7. Il faut immédiatement préciser que l'éventuelle consécration d'un principe de validité de la clause compromissoire en matière interne ne signifie pas pour autant qu'il est désormais possible de valablement conclure une clause compromissoire pour n'importe quel différend. La validité des clauses compromissoires en matière interne n'est admise que dans les limites de l'arbitrabilité des litiges telles que définies par les articles 2059 et 2060 C. civ., qui n'ont pas été modifiés par la présente réforme. Il faut donc dès à présent souligner le caractère parcellaire de la réforme, que l'on peut d'ailleurs regretter. Cette limite posée permet de mesurer pleinement l'enjeu de la réforme, et à le relativiser : la modification de l'article 2061 C. civ. permet uniquement aux parties de recourir éventuellement à une clause compromissoire, là où autrefois elles ne pouvaient recourir qu'au compromis. L'enjeu est donc uniquement de déterminer si désormais une renonciation anticipée à la justice étatique au profit de la justice arbitrale est désormais valablement admise, là où autrefois elle était impossible.

8. Les premières interrogations que suscite le nouvel article 2061 C. civ. concernent son champ d'application. Tout d'abord, le nouvel article 2061 C. civ. s'appliquera-t-il exclusivement à l'arbitrage interne, comme l'ancienne disposition, ou sera-t-il étendu à l'arbitrage international ? L'opportunité aurait pu être saisie de répondre à cette question, particulièrement sensible à l'heure où le commerce électronique ne cesse de se développer – et corrélativement les contrats de consommation internationaux –, et sur laquelle la doctrine est divisée. L'article 2061 C. civ. dans sa version de 1972 a été jugé inapplicable dans l'ordre international¹⁴. Cependant, dans sa version de 2001, une réponse du Ministre de la Justice, "sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions", estimait au contraire que "cette limitation sembl(ait) 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"¹⁵.

¹⁴ Dans le sens de l'absence d'application dans l'ordre international de l'art. 2061 dans sa version de 1972: Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.*, 1999.260, note Ph. Fouchard; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999.546, note D. Bureau; *JDI*, 1999.784, obs. S. Poillot-Peruzzetto; *Rev. trim. dr. com.*, 1999.380, obs. E. Loquin.

¹⁵ Réponse du Ministère de la Justice publiée dans le JO Sénat du 31 janv. 2002, p. 314.

9. Ensuite, aucune disposition n'est venue préciser l'application dans le temps du nouvel article 2061 C. civ. On peut également regretter que des dispositions transitoires n'aient pas été spécifiquement adoptées sur ce point. En effet, l'application de la loi dans le temps de l'ancien article 2061 C. civ., tel que résultant de la loi NRE de 2001, a suscité des difficultés qui auraient pu être prises en considération afin de déterminer précisément si le nouvel article 2061 C. civ. s'appliquera exclusivement aux clauses compromissoires conclues postérieurement à la date d'entrée en vigueur du nouveau texte, ou s'il s'étendra aux clauses compromissoires conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme. C'est cette dernière solution qui avait été retenue par la Cour de cassation concernant l'ancien article 2061 C. civ.¹⁶ Cette solution avait pu étonner au regard des règles transitoires applicables en matière contractuelle, qui prévoient que la loi nouvelle ne peut valider un acte juridique nul en application de la loi ancienne. Néanmoins, elle pouvait se justifier au regard de l'objet processuel de la clause compromissoire, justifiant ainsi l'application immédiate des lois de procédure¹⁷ – impliquant une application rétroactive de la loi nouvelle.

10. Ces deux remarques préliminaires apportées, l'examen du contenu même du nouvel article 2061 C. civ. suscite d'autres interrogations qui se révèlent plus problématiques, car elles mettent en jeu l'étendue même de la réforme opérée : simple reformulation de l'ancien article 2061 C. civ., ou véritable révolution ? Seul un examen attentif du contenu du nouvel article 2061 C. civ. permet d'y apporter des éléments de réponse. Si le premier alinéa consacre la nécessité d'acceptation de la clause compromissoire par la partie atraite à l'arbitrage (I), le second alinéa prévoit l'inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle (II).

I. La nécessité d'acceptation de la clause compromissoire par la partie atraite à l'arbitrage

11. Le premier alinéa du nouvel article 2061 du C. civ. est désormais rédigé comme suit : "La clause compromissoire doit avoir été acceptée

¹⁶Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 423; *Rev. arb.*, 2005, p. 1012, note D. Bureau; *D.* 2005. IR 3032, obs. V. Avena-Robardet; *D.* 2006.277, note T. Le Bars; *Rev. trim. dr. com.*, 2006, p. 302, obs. Loquin; 7 juin 2006: *Bull. civ. I*, n° 282; *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 762, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁷ En ce sens, CA Orléans, 18 mars 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 391, note D. Bureau.

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".

12. Il convient de préciser son contenu (1), puis d'en préciser sa portée (2).

1. Contenu

13. **Le principe de l'acceptation.** Selon le nouvel article 2061 C. civ., "**la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose**". L'acceptation de la clause compromissoire par la partie attraitée devant un tribunal arbitral est donc requise.

14. Cette précision apportée peut surprendre, tant la source conventionnelle de l'arbitrage semble évidente. La clause compromissoire, comme toute convention, doit avoir été acceptée par les deux parties contractantes. La nécessité de l'accord des parties contractantes – et donc de l'acceptation par la partie poursuivie dans le cadre d'une procédure arbitrale – est d'ailleurs spécifiquement rappelée pour la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne par l'article 1442 al. 2 CPC¹⁸. La question se pose de l'utilité du rappel de cette évidence¹⁹. La force obligatoire de la clause compromissoire s'imposent aux parties qui y ont consenti.

15. Est-ce que cette référence à l'acceptation signifie que le consentement des parties à la clause compromissoire doit faire l'objet d'une expression particulière ? La genèse du nouvel article 2061 C. civ. permet d'y répondre négativement²⁰. Dans sa première mouture, l'amendement qui fut présenté par le Gouvernement, le 30 avril 2016, et adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, prévoyait que la clause compromissoire devait "avoir été *expressément* acceptée par la partie à laquelle on l'oppose". L'exigence d'une acceptation expresse tendait à protéger le contractant qui n'a pas négocié le contrat, dans les contrats d'adhésion en particulier. Cette exigence a

¹⁸ Art. 1442 al. 2 CPC: "la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats".

¹⁹ En ce sens, Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 7, n° 14.

²⁰ Sur l'ens. de la genèse, *vid.* Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 5 et s., n° 10 et s.

été supprimée lors des débats parlementaires au motif qu'elle serait notamment susceptible de remettre en cause la validité des acceptations simplement tacites, et notamment l'extension de la clause compromissoire au sein d'un groupe de sociétés²¹, outre le contentieux susceptible d'être généré concernant la forme de cette acceptation expresse.

16. La suppression du caractère exprès de l'acceptation doit être pleinement approuvée sans doute pour ce qui concerne les relations d'affaires. Elle permet de ne pas remettre en cause les acceptations tacites résultant d'un comportement de l'une des parties (par exemple lorsque la partie qui est atraite devant le tribunal arbitral et n'oppose pas d'exception tirée de l'incompétence du tribunal arbitral ou encore lorsque la partie saisit elle-même le tribunal arbitral²²), les mécanismes d'extension de la clause compromissoire à de prétendus tiers, impliqués dans l'exécution d'un contrat fondés sur leur consentement tacite²³, ou encore les clauses compromissoires par référence²⁴. Mais pour plus de clarté, suite à la suppression de l'exigence d'acceptation expresse, le premier alinéa aurait sans doute dû être remanié.

17. Certains commentateurs ont également souligné le caractère inapproprié de la référence à l'acceptation, "en omettant l'offre et le caractère dynamique du processus de formation du contrat"²⁵. La conclusion du contrat ne résulte pas que d'une "acceptation" ; elle résulte de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, comme le prévoit désormais l'article 1113 al. 1^{er} C. civ. Peut-être aurait-il été préférable que le texte se réfère plus largement à la notion de consentement – si tenté qu'il eut été utile de rappeler la nécessité de l'existence du consentement des parties à la clause compromissoire.

²¹ Rapport de J.-M. Clément et J.-Y. Le Bouillonnet.

²² Civ. 1^{re}, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, *Bull. civ.* I, n° 302; *D.* 2005. Pan. 3050, obs. Th. Clay; *Rev. trim. dr. com.*, 2006, p. 309, obs. E. Loquin; *JCP* 2005. I. 179, obs. J. Ortscheidt; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, p. 18, note F.-X. Train; *Rev. arb.*, 2005. 993, note P. Pinsolle.

²³ CA Paris, 21 oct. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 98, not A. Chapelle (concernant les groupes de sociétés); Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 785, note J. El Adhab; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée; *Journ. dr. int.*, 2007, p. 968, not C. Legros; *Rec. crit. dr. int. pr.*, p. 798, note F. Jault-Seske: "l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter"; Civ. 1^{re}, 7 nov. 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 876, *Procédures*, 2013, 44, obs. L. Weiller.

²⁴ Art. 1443 CPC.

²⁵ Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 7-8, n° 15.

18. **L'exception résultant de la succession des droits.** La nécessité de l'acceptation de la clause compromissoire rappelée, le nouvel article 2061 C. civ. y apporte immédiatement une exception : **"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"**.

19. Le législateur a certes consacré le critère de l'acceptation, mais il a également entendu préserver les mécanismes de transmission automatique de la clause compromissoire qui ne requiert pas le consentement de la partie qui a succédé aux droits et obligations d'une partie qui a initialement accepté cette clause compromissoire. En cas de transferts de droit, l'acceptation spécifique de la clause compromissoire n'est pas requise par la nouvelle partie au contrat.

20. Sont visés les mécanismes traditionnels de transferts de droits et obligations, qui entraînent de manière automatique le transfert de la clause compromissoire : ayants cause universels ou à titre universels, ayants cause particuliers, cession de créance²⁶, cession de contrat²⁷, subrogation personnelle, chaîne de contrats translatifs de propriété que celle-ci présente un caractère homogène²⁸ ou hétérogène²⁹ etc.

21. Ce rappel était-il nécessaire ? Il est permis d'en douter. Ces mécanismes – d'une grande diversité – relèvent du droit commun des contrats, et le texte n'apporte pas de modifications aux solutions forgées par la jurisprudence. Cependant, le législateur ayant focalisé sur la nécessité de l'acceptation – et donc du consentement des parties contractantes –, il lui revenait de rappeler que cette affirmation ne remettait pas en cause ces mécanismes classiques de transmission des clauses compromissoires indépendants de la volonté des parties. La volonté initiale du législateur, en exigeant que l'acceptation présente

²⁶ Civ. 2^e, 2 déc. 2001, *Rev. trim. dr. com.*, 2002, p. 279, obs. E. Loquin; *Rev. arb.*, 2002, p. 379, note C. Legros.

²⁷ CA Paris, 28 janv. 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 565; *Jour. dr. int.*, 1989, p. 1021, note E. Loquin.

²⁸ Civ. 1^{re}, 6 fév. 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 765, note D. Cohen; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke.

²⁹ Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Bull. civ. I*, n° 129; *D.*, 2007. 2077, obs. X. Delpech; *ibid.* 2008. p. 180, obs. T. Clay; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke; *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 541, obs. P. Théry; *Rev. trim. dr. com.*, 2007, p. 677, obs. E. Loquin.

un caractère exprès, était d'ailleurs de supprimer la transmission automatique de la clause compromissoire en cas de cession de créance traditionnellement admise³⁰, et ainsi que le droit français de l'arbitrage se calque sur les solutions posées par le droit européen concernant les clauses d'élection de for³¹.

22. Si le contenu du premier alinéa ne suscite pas de difficultés majeures, c'est la portée de la référence à l'acceptation qui concentre l'essentiel des difficultés.

2. Portée

23. Les premiers commentaires révèlent des différences de vues assez importantes quant au sens à conférer à la référence à l'acceptation de la clause compromissoire par le premier alinéa de l'article 2061 C. civ. La référence à la nécessité d'une acceptation de la clause compromissoire constitue-t-elle un rappel de règles du droit commun des contrats applicable à la clause compromissoire, un simple rappel de la source nécessairement conventionnelle de la clause compromissoire³² ? Au contraire, l'alinéa premier énonce-t-il un véritable principe de validité de la clause compromissoire interne, en d'autres termes, à la consécration de la "clause compromissoire pour tous" en matière interne³³ ?

24. Dans le sens de la première thèse – l'alinéa premier ne serait que le simple rappel des règles de droit commun des contrats applicables à la clause compromissoire –, plusieurs arguments peuvent être invoqués.

25. Tout d'abord, la lettre même de cette disposition peut être sollicitée. Aucun principe de validité n'est expressément énoncé. Le texte

³⁰ En ce sens, *vid.* l'exposé sommaire accompagnant l'amendement présenté le 30 avril 2016: "En outre, il serait utile de préciser quelles personnes sont liées par la clause. Aujourd'hui, une personne A qui acquiert d'une personne B la créance qu'elle a contre une personne C se trouve tenue par la clause stipulée dans le contrat conclu entre B et C, alors qu'elle ne l'a pas conclu".

³¹ CJUE, 7 février 2013, aff. C-543/10, *D.*, 2013.1110, obs. S. Bollée; *ibid.*, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke; *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, p.338, obs. P. Remy-Corlay

³² En ce sens, Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*

³³ En ce sens, Th. Clay, "Panorama. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges", *D.*, 2016. 2589; J. Pellerin, "Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI^e siècle: les nouvelles dispositions sur l'arbitrage", *Gaz. pal.*, n° 5, p. 54; L. Thibierge, "Les conventions relatives aux litiges dans la loi J21", *AJ contrat* 2016, p. 523.

ne vise que la nécessité d'acceptation de la clause compromissoire à la partie à laquelle on l'oppose, et l'exception précédemment présentée. Si l'intention du législateur avait été d'énoncer un tel principe de validité, pourquoi ne pas l'avoir fait de manière expresse ? En ce sens, certaines propositions de réforme, également favorables à l'admission d'un principe de validité de la clause compromissoire en matière interne sous certaines réserves, énoncent expressément ce principe de validité en prévoyant que "la clause compromissoire est valable"³⁴. À défaut de consacrer expressément ce principe de validité, il faut s'en remettre au second alinéa, qui retient l'inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle.

26. Ensuite, la genèse de la réforme plaide également pour une telle interprétation restreinte au rappel de l'application du droit commun des contrats à la clause compromissoire puisque l'intention initiale du législateur était de requérir une acceptation "expresse" qui n'est pas requise en droit commun. En ce sens, l'exposé sommaire accompagnant l'amendement présenté le 30 avril 2016, précise qu' "il serait utile de préciser quelles personnes sont liées par la clause (...)". Évoquant l'hypothèse d'une cession de créance entraînant la transmission de la clause compromissoire au cessionnaire, et considérant cette jurisprudence comme contraire à la jurisprudence européenne³⁵, l'exposé sommaire conclut qu' "une disposition de l'article 2061 devrait dans cette perspective déterminer les personnes auxquelles la clause s'impose". Ces éléments révèlent donc la volonté du législateur de prévoir une disposition spécifique relative à l'acceptation de la clause compromissoire, et la nécessité de son acceptation expresse, qui a ensuite disparu lors des débats parlementaires.

27. Enfin, de manière plus générale, il est également possible de rappeler que le droit spécial des contrats réitère parfois simplement certaines dispositions du droit commun des contrats. Rien d'étonnant à ce qu'il en soit de même pour la convention d'arbitrage.

³⁴ C'est le cas par exemple de la proposition de réforme de l'article 2061 C. civ. faite par le Professeur Charles Jarrosson ("La clause compromissoire est valable. Toutefois, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels et dans les contrats de travail, elle est réputée non écrite à la demande du non-professionnel ou du salarié" in Ch. Jarrosson, "La clause compromissoire", *Rev. arb.* 1992. 259, n° 40). C'est également le cas de la proposition de réforme faite par le Professeur Jean-Baptiste Racine ("La clause compromissoire est valable s'il n'est disposé autrement par la loi", in J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 145, n° 193).

³⁵ CJUE? 2013.

28. Dans le sens de la seconde thèse – le nouvel article 2061 C. civ. procéderait à la consécration d'un principe de validité de la clause compromissoire en matière interne –, il convient de procéder à une relecture de cette disposition à l'aune de l'ancien article 2061 C. civ. Le nouveau texte ne restreint plus la validité de la clause compromissoire aux activités professionnelles. Par conséquent, de manière implicite, il faudrait en déduire que le seul critère de validité de la clause compromissoire est désormais ... son acceptation ! Le principe est la liberté contractuelle : à défaut de restrictions prévues quant au champ d'activités dans lequel la clause compromissoire est valable – anciennement, les contrats conclus entre professionnels –, le principe est celui de la validité de la clause compromissoire, pour tous. "Le changement de paradigme" résulterait de la substitution du "critère de l'activité professionnelle" par "le critère de l'acceptation"³⁶. Le critère de l'acceptation serait désormais le seul nouveau critère de validité de la clause compromissoire interne.

29. En ce sens, l'intention manifestée par le législateur dans l'exposé sommaire accompagnant l'amendement présenté le 30 avril 2016 était bel et bien d'ouvrir le recours à l'arbitrage aux contrats conclus entre particuliers. Il retient ainsi que "l'article 2061 prohibe la clause compromissoire dans les relations entre particuliers" et qu'"elle pourrait être utile, en particulier dans le domaine de l'immobilier (...). On pourrait également la concevoir dans les nouvelles relations économiques entre particuliers par internet, où des modes simplifiés pourraient permettre à moindre coût le règlement des différends. La restriction à la validité des clauses compromissoires pourrait ainsi utilement être supprimée".

30. L'intention manifestée du législateur était certes d'ouvrir la possibilité de recourir l'arbitrage pour les particuliers, mais que la clause soit facultative à l'égard des deux parties. L'exposé sommaire poursuit ainsi : "pour éviter que le consommateur ne soit obligé de discuter le caractère abusif de la clause devant l'arbitre, comme l'impose le principe selon lequel celui-ci est le juge de sa propre compétence, il conviendrait que la clause soit facultative. Ainsi, le consommateur aurait le choix, soit de comparaître devant l'arbitre, soit d'agir devant un tribunal étatique".

³⁶ Th. Clay. *Vid.* également en ce sens, L. Thibierge, "Les conventions relatives aux litiges dans la loi J21", *loc. cit.*

31. La thèse de “la clause compromissoire pour tous” paraît moins évidente. Surtout, elle doit être mesurée à l’aune du second alinéa, qui consacre l’inopposabilité de la clause compromissoire à l’égard de la partie n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Le législateur a-t-il entendu consacrer des clauses compromissoires par principe valables, mais dont certaines seraient dès leur formation privées de leur force obligatoire à l’égard de la partie qui n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle ? La révolution copernicienne attendue par cette réforme n’a peut-être pas eu lieu. Peut-être. Car l’ambiguïté n’épargne pas non plus le second alinéa de l’article 2061 C. civ., et le champ d’application de l’exception d’inopposabilité pourrait être bien plus restreint qu’il n’y paraît.

II. L’inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle

32. L’efficacité de la clause compromissoire n’est pas admise en toutes circonstances. Le second alinéa du nouvel article 2061 C. civ. limite l’efficacité des clauses compromissoires en prévoyant que “Lorsque l’une des parties n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée”. De prime abord, le nouvel article 2061 C. civ. ne tend-il pas à réintroduire le critère de validité tiré de l’activité professionnelle consacré par l’ancien article 2061 C. civ. ? Ce dernier prévoyait ainsi que “Sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d’une activité professionnelle”. La validité, ou tout au moins l’efficacité, d’une clause compromissoire ne serait-elle pas limitée, aujourd’hui comme hier, aux contrats conclus dans le cadre d’une activité professionnelle ?

33. La réponse n’est à la question posée ne s’impose pas avec évidence, car le second alinéa est frappé d’une double ambiguïté, affectant non seulement sur le champ d’application du dispositif protecteur (1), mais également la nature de la sanction (2).

1. Le champ d’application du dispositif protecteur

34. La clause compromissoire est inopposable “lorsque l’une des parties n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle”.

35. La notion d'activité professionnelle, d'ores et déjà utilisée par l'ancien article 2061 C. civ. ne soulève pas de difficultés majeures, et permet ainsi de définir le champ d'application du dispositif protecteur : "une activité est professionnelle lorsqu'elle est exercée de manière régulière et a un but lucratif pour son auteur"³⁷. Le contrat doit être conclu par deux professionnels³⁸.

36. L'incertitude du champ d'application de ce dispositif protecteur provient non pas de la notion d'activité professionnelle, mais du fait que la disposition vise "*l'une des parties*" qui "n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle". Le champ d'application *ratione personae* du dispositif protecteur est susceptible de deux interprétations.

37. L'inopposabilité ne pourrait-elle être invoquée que lorsque *l'une des parties* – une seule des deux parties – n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, l'autre partie ayant alors au contraire contracté dans le cadre de son activité professionnelle ? Autrement dit, l'inopposabilité ne pourrait-elle être invoquée que dans les contrats conclus entre un non-professionnel et un professionnel, à l'exclusion des contrats entre particuliers ? Au contraire, l'inopposabilité pourrait-elle être invoquée aussi bien lorsqu'une seule des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle – contrats de consommation – , mais également lorsque les deux parties n'ont pas contracté dans le cadre de leur activité professionnelle – contrats entre particuliers – ?

38. Les deux interprétations convergent sur un point : la clause compromissoire interne est inopposable au consommateur dans les contrats de consommation. Cette interprétation est d'ailleurs clairement confirmée par le législateur lui-même, l'exposé sommaire de amendement n° CL159 précisant que "pour éviter que le consommateur ne soit obligé de discuter le caractère abusif de la clause devant l'arbitre, comme l'impose le principe selon lequel celui-ci est le juge de sa propre compétence, il conviendrait que la clause soit facultative.

³⁷ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, p. 134, n° 182.

³⁸ A ainsi été jugée nulle la clause compromissoire conclue par des époux n'exerçant plus aucune activité professionnelle au moment de la conclusion des contrats (cession de fonds de commerce et contre de bail commercial), en raison du fait qu'ils étaient certes commerçants, mais retraités: Civ. 1^{re}, 29 fév. 2012, *D.* 2012, p. 1312, note A.-C. Rouaud; *Rev. arb.*, 2012, p. 359, note M. de Fontmichel; Procédures avril 2012? p. 177, note L. Weiller; *JCP*, 2012, 310, n° 11, obs. J. Béguin.

Ainsi, le consommateur aurait le choix, soit de comparaître devant l'arbitre, soit d'agir devant un tribunal étatique". Le législateur a donc accru par cette nouvelle mouture de l'article 2061 C. civ. la protection du consommateur. En effet, le droit de la consommation ne consacre pas le caractère facultatif des clauses compromissoires. Il prévoit que ces clauses sont présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire³⁹.

39. La difficulté est donc de déterminer si la clause compromissoire serait également inopposable dans les contrats conclus entre particuliers. Cette difficulté a d'ailleurs d'ores et déjà été identifiée par Mme la députée Cécile Untermaier⁴⁰, et mise en lumière par les premiers commentaires⁴¹.

40. Dans le sens de l'inopposabilité de la clause compromissoire dans les contrats conclus entre particuliers, l'interprétation littérale de la lettre même de l'article 2061 C. civ. peut être invoquée⁴². Le texte vise "l'une des parties" qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Dans un contrat conclu entre particulier, il ne fait pas de doute qu'au moins "l'une des parties" n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle". Chacune des deux parties pourrait donc se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire. Cette interprétation semble également conforme à la volonté du législateur. Selon le Rapport de J.-M. Clément et J.-Y. Le Bouillonnet, le nouvel article 2061 C. civ. "permet désormais le re-

³⁹ Art. L. 132-1 et R. 212-2 et R. 212-2-10 C. conso.

⁴⁰ Question écrite de Madame Cécile Untermaier n° 98313, publiée le 2 août 2016: "Le 2nd alinéa de l'article 2061 du code civil protège dorénavant le particulier en prévoyant l'inopposabilité de la convention d'arbitrage à chaque fois que celui-ci ne s'exécute pas dans le cadre de l'activité professionnelle. Par ailleurs, le 1er juillet 2016, de nouvelles définitions des notions de consommateur et non-professionnel ont été inscrites en préambule du code de la consommation. En conséquence de ces modifications, des interrogations subsistent s'agissant de la lecture qui doit être faite de la rédaction actuelle du second alinéa de l'article 2061 du code civil, concernant, d'une part, la limite de l'inopposabilité, et d'autre part, l'utilisation de la clause d'arbitrage dans le règlement des litiges entre non-professionnels/particuliers. Aussi souhaiterait-elle connaître l'étendue que donne la chancellerie au régime d'inopposabilité de la clause et se voir confirmer ou infirmer que la rédaction actuelle de l'article 2061, permet de recourir à l'arbitrage en dehors de "l'activité professionnelle" dans trois cas concrets: un arbitrage entre deux particuliers, personnes physiques; un arbitrage entre deux non-professionnels, personnes morales et un arbitrage entre un "non-professionnel", personne morale et un particulier, personne physique".

⁴¹ En ce sens, Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.*, p. 14, n° 22.

⁴² En ce sens également, *ibid.*, p. 13, n° 21.

cours à une clause compromissoire dans les relations entre particuliers, *laquelle reste facultative*". Ce caractère facultatif ne peut résulter que de la possibilité d'invoquer l'inopposabilité de la clause compromissoire par l'une ou l'autre des parties.

41. Dans le sens au contraire d'une limitation du dispositif protecteur aux contrats de consommation, il est possible de retenir que l'inopposabilité ne pourrait être invoquée que lorsque "l'une *seulement* des parties n'a pas contracté dans un cadre professionnel, tandis que l'autre partie a contracté dans un cadre professionnel"⁴³. Une interprétation téléologique pourrait permettre de considérer que l'objectif du législateur était de valider la clause compromissoire dans les contrats conclus entre particuliers⁴⁴. En ce sens, un auteur retient que l'inopposabilité ne peut s'appliquer " que dans les rapports déséquilibrés, c'est-à-dire entre professionnel et non-professionnel. C'est le déséquilibre entre les parties qui justifie la règle. Dès lors qu'elles sont sur un pied d'égalité, la *ratio legis* s'effondre et la clause d'arbitrage est opposable à tous les signataires qui y ont consenti"⁴⁵.

42. Certes, le législateur a souhaité permettre le recours à l'arbitrage dans les contrats entre particuliers. Mais il a également souhaité que ces clauses restent *facultatives*. On conviendra qu'il peut paraître étonnant de consacrer la validité d'une clause, qui soit inefficace car inopposable. Mais tel semble bien être la volonté du législateur.

43. Le champ d'application de ce dispositif protecteur permet-il également d'inclure toutes les parties auxquelles on reconnaît traditionnellement une protection juridictionnelle résultant de l'impossibilité de conclure une clause compromissoire ? En droit français, les salariés ne peuvent valablement conclure de clauses compromissoires, que le contrat de travail présente un caractère interne ou international. La chambre sociale de la Cour de cassation juge, de manière constante, que la clause compromissoire stipulée au contrat de travail, interne ou international, est inopposable au sala-

⁴³ Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *loc. cit.* p. 14, n° 21.

⁴⁴ J. Pellerin, "Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI^e siècle: les nouvelles dispositions sur l'arbitrage", *loc. cit.*

⁴⁵ Th. Clay, "Panorama. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges", *loc. cit.*

rié⁴⁶. Pourtant, le salarié a bien conclu la clause compromissaire dans le cadre de son activité professionnelle. Quoi qu'il en soit, il est possible de penser que dans l'objectif de protection du salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation persistera sur le fondement des dispositions du Code du travail à juger les clauses compromissaires inopposables au salarié.

2. La nature de la sanction

44. Selon le nouvel article 2061 C. civ., "lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée". La clause compromissaire est donc désormais inopposable à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle.

45. Le choix de la sanction de l'inopposabilité suscite deux interrogations.

46. Premièrement, il est possible de s'interroger sur la pertinence même du recours à la notion d'inopposabilité. La sanction de l'inopposabilité de la clause compromissaire n'est pas inconnue du droit français. Il s'agit de la sanction retenue par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de contrat de travail. La clause compromissaire est jugée inopposable au salarié que le contrat de travail présente un caractère interne ou international⁴⁷. En revanche, du point de vue du droit commun des contrats, le recours à la notion d'inopposabilité dans les relations entre les parties au contrat peut surprendre. Classiquement, l'inopposabilité est une sanction utilisée dans les rapports avec les tiers⁴⁸ : le contrat conclu entre les parties, qui ne respecterait pas certaines formalités, est

⁴⁶ Cass. soc., 16 février 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.*, 1999.290, note M.–A. Moreau; Cass. soc., 9 octobre 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 347, note Th. Clay; Cass. soc., 28 juin 2005, *D.*, 2005, p. 3052, obs. Th. Clay; *Journ. dr. int.*, 2006, p. 616, note S. Sana–Chaillé de Néré; Cass. soc., 30 novembre 2011 et Paris, 10 janvier 2012, *Rev. arb.*, 2012, p.333, note M. Boucaron–Nardetto.

⁴⁷ Cass. soc., 16 février 1999 et 4 mai 1999, *op. cit.*; Cass. soc., 9 octobre 2001, *cit.*; Cass. soc., 28 juin 2005, *op. cit.*; Cass. soc., 30 novembre 2011 et Paris, 10 janvier 2012, *cit.*

⁴⁸ En ce sens, Y. Picod, "Nullité", *Rép. droit civil, Dalloz*, n° 12: "Nullité et inopposabilité convergent en ce qu'elles résultent d'une imperfection contemporaine de la formation de l'acte juridique. La différence réside dans les effets: en cas d'inopposabilité, l'irrégularité de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties en ce sens que seuls les tiers ou certains d'entre eux pourront l'ignorer. Tout se passera comme si l'acte n'avait jamais existé, n'incarnait aucune réalité à l'égard des tiers". *Vid.* également J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984,

inopposable aux tiers, mais reste efficace entre les parties s'il a été valablement conclu. C'est le cas par exemple en cas de simulation. La contre-lettre sera inopposable au tiers qui ne s'en prévaut pas alors qu'elle sera en principe valable entre les parties⁴⁹. Le choix de recourir à la notion d'inopposabilité, dont l'utilisation est privilégiée en droit français dans les rapports avec les tiers, interroge. Ce dont il est question entre les parties, c'est bel et bien la force obligatoire du contrat. Rendre une clause facultative, c'est remettre en cause sa force obligatoire, et exiger de la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle qu'elle réitère son consentement une fois le différend né. Est-ce véritablement une révolution par rapport au droit antérieur, qui n'interdisait pas la conclusion d'un compromis une fois le litige né ? Plus encore, on peut s'interroger sur l'opportunité d'introduire dans l'ordonnement juridique une convention qui sera valable, mais dépourvue d'inefficacité *ab initio*.

47. Deuxièmement, il convient également de vérifier si la sanction de l'inopposabilité de la clause compromissoire génère en pratique, concrètement, des conséquences véritablement différentes pour la partie protégée par rapport à la nullité relative.

48. En application de l'ancien article 2061 C. civ., la clause compromissoire stipulée dans des contrats non conclus à raison d'une activité professionnelle était sanctionnée par la nullité relative⁵⁰, et était susceptible de confirmation⁵¹. Par conséquent, la partie protégée pouvait décider soit de se prévaloir de cette nullité (en saisissant directement une juridiction étatique ou en contestant la compétence du tribunal arbitral saisi), soit d'y renoncer (en saisissant elle-même le tribunal arbitral ou en acceptant de participer à la procédure arbitrale sans exciper de l'incompétence du tribunal arbitral). La partie protégée disposait donc d'une option : saisir soit le tribunal arbitral, soit le tribunal étatique.

49. En application du nouvel article 2061 C. civ., la clause compromissoire sera inopposable à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Sur le fondement des anciens textes, comme des nouveaux textes, la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle dispose d'une option : accepter que la clause compromissoire produise ses effets ou refuser

⁴⁹ Art. 1201 C. civ.

⁵⁰ En ce sens, CA Paris, 12 novembre 1998, *Rev. arb.*, 1999, p.374, note Ch. Jarrosson.

⁵¹ Civ. 2^e, 21 novembre 2002, *Rev. arb.*, 2004, p. 283 (2^e esp.), note M. Bandrac.

que la clause compromissoire déploie ses effets en se prévalant de sa nullité sur le fondement de l'ancien article 2061 C. civ., ou de son opposabilité sur le fondement du nouvel article 2061 C. civ.

50. La substitution de la sanction de la nullité relative de la clause compromissoire par son inopposabilité n'a donc pas, *a priori*, de conséquences pratiques majeures. Néanmoins, il est malaisé de mesurer plus précisément les conséquences concrètes de ce changement compte tenu de la rareté de l'utilisation de la sanction de l'inopposabilité en droit des contrats dans les rapports entre les parties, qui est un facteur d'insécurité juridique.

51. L'inopposabilité de la clause compromissoire devra-t-elle être soulevée *in limine litis*, ou au contraire, pourra-t-elle être soulevée en tout état de cause ? La partie protégée devra-t-elle déclarer connaître spécifiquement la protection à laquelle elle renonce, le caractère inopposable de la clause compromissoire ? La question mérite d'être posée, car pour ce qui concerne la nullité relative, la confirmation doit selon l'article 1182 C. civ. "mentionner l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat". L'exécution volontaire du contrat vaut également confirmation du contrat, mais à condition qu'elle ait été opérée "en connaissance de la cause de nullité". Cette exigence garantirait que la partie protégée ait été informée de la protection dont elle bénéficiait, et à laquelle elle renonce en acceptant que la clause compromissoire lui soit opposable. La partie qui ne se prévaut pas de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'occasion d'une première procédure arbitrale, pourra-t-elle néanmoins s'en prévaloir à l'occasion d'un autre différend né postérieurement entre les parties ? Nombre de questions restent donc en suspens, compte tenu de l'originalité de la sanction.

52. Pour conclure, le nouvel article 2061 C. civ. laisse une impression mitigée. Il pourrait ne pas avoir de conséquences pratiques majeures pour le justiciable. Il opèrerait simplement un changement de perspective : voir le verre à moitié plein, ou à moitié vide. L'ancien article 2061 C. civ. consacrait le principe de validité de la clause compromissoire entre professionnels, la clause compromissoire étant nulle au-delà – dans les contrats conclus entre un non professionnel et un professionnel et dans les contrats conclus entre particuliers – : le verre était donc à moitié vide. Le nouvel article 2061 C. civ. consacrerait un principe de validité de la clause compromissoire pour tous, cette même clause n'étant pleinement efficace qu'entre professionnels

et dépourvus de force obligatoire à l'égard de la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle (contrats de consommation et contrats conclus entre particuliers): le verre serait donc à moitié plein.

53. Néanmoins, cette seule perspective confirme la politique de faveur pour l'arbitrage qui est à l'oeuvre en droit français⁵², que l'arbitrage présente un caractère interne ou international. Surtout, le second alinéa du nouvel article 2061 C. civ. recèle certaines ambiguïtés qui pourraient être habilement exploitées par la jurisprudence afin d'étendre l'efficacité de la clause compromissoire en matière interne au-delà de la volonté du législateur, l'inopposabilité de la clause compromissoire ne pouvant être invoquée que dans les contrats de consommation à l'exclusion des contrats conclus entre particuliers. Cette éventualité constituait-elle réellement un progrès pour le justiciable ? Il est possible d'en douter. Le risque que les clauses compromissoires deviennent des clauses de style dans des modèles de contrats entre particuliers, fournis par des plateformes de mise en relation ou par les professionnels de l'immobilier, n'est pas inexistant. Il n'est pas certain que le justiciable non averti mesure les conséquences de sa renonciation anticipée à la justice étatique – aussi bien concernant le coût de l'arbitrage que les conséquences procédurales en résultant –. Il est également possible de douter que le citoyen non professionnel serait, par ce biais, placé "au coeur du service public de la justice" comme le promettait la loi du 18 novembre 2016⁵³.

Bibliografía

- CLAY, Th.: "Panorama. Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges", *D.*, 2016.2589.
- DUCLOS, J.: *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984.
- FOUCHARD, Ph.: "La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001", *Rev. arb.*, 2001, p. 397.
- FRICERO, N.: "Procédure civile. Panorama janvier 2016 – décembre 2016", *D.*, 2017.422.

⁵² En ce sens, D. Vidal, "L'arbitrage pour tous (ou presque): article 11 de la loi n°2016 du 18/11/2016", *Les Petites Affiches* <<http://www.petitesaffiches.fr/actualites/069/droit/044/l-arbitrage-pour-tous-ou-presque,7770.html>>.

⁵³ M. Mekki, "Le "citoyen au coeur du service public de la justice": info ou intox ?", *Gaz. pal.*, 6 déc. 2016, n° 43, p. 3.

- GUYADER, "H. : Loi Justice du XXI^e siècle: promotion de l'arbitrage pour tous", *Les échos*, 15 déc. 2016.
- JARROSSON, Ch. et RACINE, J.-B.: "Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle", *Rev. arb.*, 2017, p. 1.
- JARROSSON, Ch.: "La clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1992, p. 259.
- JARROSSON, Ch.: "Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001", *JCP*, 2001, I, 333.
- LEVEL, P.: "Une première retouche au droit de l'arbitrage. Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972", *JCP*, 1972, I, 2494.
- MARINI, Ph. et FAGES, F.: "La réforme de la clause compromissoire", *D.*, 2001, chron. p. 2258
- MEKKI, M.: "Le "citoyen au cœur du service public de la justice": info ou intox ?", *Gaz. pal.*, 6 déc. 2016, n° 43, p. 3.
- MOREAU, B. et DEGOs, L.: "La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée", *Gaz. Pal.*, 14 juin 2001, n° 165, p. 6.
- PELLERIN, J.: "Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXI^e siècle: les nouvelles dispositions sur l'arbitrage", *Gaz. pal.*, n° 5, p. 54.
- RACINE, J.-B. *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016
- RIVIER, M.-Cl.: "La réforme de la clause compromissoire", *Les Petites Affiches*, n° 197, 2 oct. 2003, p. 26.
- THIBIERGE, L.: "Les conventions relatives aux litiges dans la loi J21", *AJ contrat* 2016, p. 523.
- VIDAL, D.: "L'arbitrage pour tous (ou presque): article 11 de la loi n°2016 du 18/11/2016", *Les Petites Affiches* <<http://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/droit,044/l-arbitrage-pour-tous-ou-presque,7770.html>>.