

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Cloud computing

Moïny, Jean-Philippe

Published in:

Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Moïny, J-P 2011, 'Cloud computing: validité du recours à l'arbitrage ? : droits de l'homme et clauses abusives : partie 1', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, numéro 77, pp. 95-110.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'objectif poursuivi par la présente contribution est d'étudier, au regard des droits de l'Homme et de la prohibition des clauses abusives, la possibilité, le cas échéant les modalités, du recours à l'arbitrage en matière de contentieux du « *cloud computing* », dans les litiges opposant les individus consommateurs à leurs cocontractants professionnels.

Cloud computing : validité du recours à l'arbitrage ? (partie I)

Droits de l'Homme et clauses abusives



Par Jean-Philippe
MOINY

Aspirant FRS-FNRS au Crid
(FUNDP, Namur)

INTRODUCTION

L'arbitrage constitue-t-il une voie possible de règlement des différends du *cloud computing* impliquant des consommateurs ? Les droits européens – CEDH (III) et directive n° 93/13 ainsi que la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs (1) (II) – permettent-ils la convention d'arbitrage liant l'individu consommateur avant la naissance d'un différend, par exemple, dans les conditions générales du contrat de service ? Ces règles relèvent-elles de l'ordre public et à quelles situations internationales sont-elles susceptibles de s'appliquer (IV) ? C'est à ces questions que la présente contribution tente de répondre. Bien entendu, le droit national a, le premier, vocation à s'appliquer en cas de litige. Les textes internationaux précités n'interviennent qu'à titre subsidiaire, en cas de défaut des règles nationales. Le droit belge est principalement choisi à titre d'exemple, même si d'autres droits

nationaux (français, espagnol, américain) sont occasionnellement évoqués lorsqu'ils illustrent opportunément l'analyse.

En particulier, le propos est centré sur la forme « *la plus contraignante* » de recours à l'arbitrage. On vise le « *pre-dispute binding arbitration* » (2), auquel les termes « clause d'arbitrage » font référence dans la suite des développements, pour plusieurs raisons. D'abord, de manière générale, il convient de souligner qu'il existe actuellement une véritable tendance à vouloir limiter le recours aux procédures judiciaires classiques (3), même si la doctrine doute que l'arbitrage des litiges de consommation joue un rôle significatif en matière d'« *Online Dispute Resolution* » (ODR) (4). Et c'est d'ODR dont il est question en l'espèce (5). Il importe de joindre à cette tendance les vœux du législateur européen. Ainsi, en matière de « services de la société de l'information » (6), les États membres doivent même veiller à ce que le droit national ne fasse pas obstacle aux voies extrajudiciaires de règlement des différends (7). Ensuite, on conçoit, comme un postulat, que les entreprises puissent souhaiter maîtriser le déroulement de litiges internationaux en insérant une clause d'arbitrage dans les conditions générales de leurs services du *cloud* – des services de la société de l'information.

L'arbitrage, modelable au gré des parties, permettrait, quels que soient ses avantages et inconvénients (8), de trancher le différend sans être confronté à la complexité de la justice étatique dans un contexte international. Enfin, on vise le recours *obligatoire* à l'arbitrage, parce que ce caractère obligatoire est justement un élément dont dépend le succès des ODR (9).

Il importe de le concéder, la question de droit abordée n'est pas neuve et constitue certainement un classique des problématiques de la gouvernance d'internet. Il n'empêche, le *cloud computing* en rappelle l'actualité. On ne s'appesantira pas une fois de plus sur la place des « TIC » et d'internet dans la société. Opportunément, il est plutôt proposé de saisir l'occasion de définir le *cloud computing* qu'offre la présente contribution juridique (I). Au-delà des aspects juridiques étudiés, la description du *cloud* présente un intérêt certain pour le juriste qui y est de plus en plus confronté.

En quelques mots, nous soutiendrons que les droits européens – Conseil de l'Europe et Union européenne – étudiés laissent en théorie une place aux clauses d'arbitrage en matière de contrats conclus par les consommateurs. Alors que les droits nationaux (toujours européens)

(1) Directive (CEE) n° 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE 21 avr. 1993, n° L 95 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final, ci-après « la nouvelle directive ». À l'heure de la rédaction des présentes lignes, le texte définitif de cette nouvelle directive n'a pas encore été adopté. (2) Drahozal C.R. et Friel R.J., *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2002, vol. 28, p. 362. Au sujet des différentes possibilités d'arbitrage, voir p. 361-362. (3) Schultz T., *Human rights : a speed bump for arbitral procedures ? An exploration of safeguards in the acceleration of justice*, *International Arbitration Law Review*, 2006, 9 (1), p. 23. (4) Voir Schultz T. et Kaufmann-Kohler G., *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer, 2004, p. 169. (5) Voir, *infra*, n° 0 et, en particulier, les notes de bas de page n°s 142 et 143. (6) Voir l'article 1^{er}, 2), a), de la directive (CE) n° 98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, portant modification de la directive n° 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE 5 août 1998, n° L 217. En droit belge, voir l'article 2, 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, M.B., 17 mars 2003. (7) Voir l'article 17, § 1^{er}, de la directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO 17 juill. 2000, n° L 178. (8) Voir *infra*, n° 0. (9) Cortes P., *Developing online dispute resolution for consumers in the EU : a proposal for the regulation of accredited providers*, *International Journal of Law & Information Technology*, 2011, 19 (1), p. 16.

s'y opposent plutôt. Cette place, très exigeante en pratique, serait toutefois réservée au prix d'un contrôle renforcé, par le juge, des arbitrages et sentences au regard de l'ordre public.

Finalement, le propos est synthétisé dans une conclusion questionnant la possibilité du recours à l'arbitrage, dans le cadre du *cloud computing*, en matière de droits de l'Homme. Il importe de donner un cas où ce mode de règlement des différends, pourtant dans un contexte sensible, mériterait d'être envisagé : celui du droit d'accès en matière de protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (10).

I. – CLOUD COMPUTING

1. Les auteurs sont partagés quant à la « nouveauté » du *cloud computing* et les éventuelles révolutions qu'il entraîne. Certains considèrent que le *cloud* constitue un nouveau paradigme informatique (11) : « *the next computing platform* » (12) ou « *a dominant model of enterprise computing* » (13) qui va changer la façon dont les applications sont écrites

et distribuées (14), et qui a également le potentiel de modifier l'organisation et la conduite des affaires (15). Si bien que l'infrastructure du *cloud* « *will approach the same level of economic critical dependency as electricity, gas, water and telephony* » (16).

Mais, si prometteur puisse-t-il être, le *cloud computing* ne constitue pas une technologie totalement neuve (17). « *The basics behind cloud computing are not new* » (18) ; le *cloud* n'est que le résultat de la convergence de technologies déjà existantes. En ce sens, « *cloud computing is not so much a new technology as a new way to deliver existing services* » (19). D'aucuns considèrent dès lors qu'il n'est qu'un pur effet de mode et rien de bien neuf (20). C'est vrai, le *cloud* est à la mode. D'ailleurs depuis 2009 et jusqu'en 2010, il a atteint le pic d'« attentes exagérées » (« *peak of inflated expectations* ») du Gartner's Hype Cycle for Emerging Technologies, et l'on s'attendra donc à ce qu'il descende – à quelque terme que ce soit – vers un creux de désillusion (« *trough of disillusionment* ») (21). D'autres encore sont plus pessimistes et jugent qu'il constitue

un piège pour enfermer les utilisateurs dans des « *proprietary systems* » (22), à savoir, par opposition aux logiciels libres, des applications sous licence, protégée par les droits exclusifs de leur auteur. Le *cloud* pourrait d'ailleurs être à la base de cette évolution de l'internet crainte par J. Zittrain (23).

2. Quoi qu'il en soit, la doctrine juridique commence à s'intéresser directement au *cloud* en tant que tel (24). Il n'est plus un objet indirect de réflexion *via* l'une ou l'autre de ses instances telles que les réseaux sociaux en ligne (25). Mais qu'est-ce ? Parmi les nombreuses définitions qui ont été proposées (26), nous retiendrons comme socle de base, celle du *National Institute of Standards and Technology* (27) (NIST) qui semble bien synthétiser la question : « *Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction* » (28).

(10) En droit de l'Union européenne, voir directive (CE) n° 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE 23 nov. 1995, n° L 281, p. 31. En droit du Conseil de l'Europe, voir Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981 ; Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les flux transfrontières de données, signé à Strasbourg le 8 novembre 2001.

(11) Vaquero L.M., Roderio-Merino L., Caceres J. et Lindner M., *A Break in the Clouds : Towards a Cloud Definition*, ACM SIGCOMM Computer Communication Review, janvier 2009, vol. 39, n° 1, <http://ccr.sigcomm.org/drupal/files/p50-v39n1-vaqueroA.pdf>, p. 50 ; Youssef L., Butrico M. et Da Silva D., *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, 2008, <http://www.cs.ucsb.edu/~lyoussef/CCTOntology/CloudOntology.pdf>, p. 1 ; Frost & Sullivan, Chandrasekaran A. et Kapoor M., *State of Cloud Computing in the Public Sector – A Strategic analysis of the business case and overview of initiatives across Asia Pacific*, 2010, <http://www.frost.com/prod/servlet/cio/232651119>, p. 3 ; Marketspace, Rayport J.F. et Heyward A., *Envisioning the Cloud : The Next Computing Paradigm*, 20 mars 2009, <http://marketspacenext.files.wordpress.com/2011/01/envisioning-the-cloud.pdf>. (12) Kushida K.E., Murray J. et Zysman J., *Diffusing the Cloud : Cloud Computing and Implications for Public Policy*, Journal of Industry, Competition, and Trade, juin 2011, <http://www.springerlink.com/content/0102m443m6522v1u/fulltext.pdf>, p. 2. (13) Cisco IBSG, Craig R., Frazier J., Jacknis N., Murphy S., Purcell C., Spencer P. et Stanley J.D., *Cloud Computing in the Public Sector : Public Manager's Guide to Evaluating and Adopting Cloud Computing*, White Paper, nov. 2009, <www.cisco.com/web/about/ac79/docs/wps/Cloud_Computing_112309_FINAL.pdf>, p. 2. (14) Précité, p. 5. (15) Marketspace, Rayport J.F. et Heyward A., *Envisioning the Cloud : The Next Computing Paradigm*, précité, p. ii. (16) Kushida K.E., Murray J. et Zysman J., *Diffusing the Cloud : Cloud Computing and Implications for Public Policy*, précité, p. 6. (17) Vaquero L.M., Roderio-Merino L., Caceres J. et Lindner M., *A Break in the Clouds : Towards a Cloud Definition*, précité, p. 50 ; Youssef L., Butrico M. et Da Silva D., *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, précité, p. 1. Même l'emploi du terme « *cloud* » n'est pas neuf, voir Jefferey K. et Neidecker-Lutz B. (Eds.), *The Future of Cloud Computing, Opportunities For European Cloud Computing Beyond 2010*, Report written for the European Commission, Information Society and Media, public version 1.0, 2010, <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/cloud-report-final.pdf>, p. 5. (18) Gartner Research, Plummer D.C., Bittman T.J., Austin T., Cearley D.W. et Mitchell Smith D., *Cloud Computing : Defining and Describing an Emerging Phenomenon*, 17 juin 2008, <www.emory.edu/BUSINESS/readings/CloudComputing/Gartner_cloud_computing_defining.pdf>, p. 5. Au sujet des technologies permettant le *cloud*, voir Fuhrst B., *Cloud Computing Fundamentals*, in *Handbook of Cloud Computing*, Fuhrst B. et Escalante A. (Eds.), Springer, 2010, p. 9-11 ; Youssef L., Butrico M. et Da Silva D., *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, précité, p. 5. (19) Esteves R., *A Taxonomic Analysis of Cloud Computing*, 1st Doctoral Workshop, in *Complexity Sciences ISCTE-IUL/FCUL*, 15 juin 2011, Lisbonne, <http://dpcdd.cti.iscte.pt/docs/Papers_1st_Doctoral_Workshop_15-6-2011/RuiEsteves.pdf>, p. 2. (20) Cox P.A., *Mobile cloud computing*, 11 mars 2010, <www.ibm.com/developerworks/cloud/library/d-mobilecloudcomputing/>. (21) « *The interesting thing about cloud computing is that we've redefined cloud computing to include everything that we already do. I can't think of anything that isn't cloud computing with all of these announcements. The computer industry is the only industry that is more fashion-driven than women's fashion (...)* », Ellison L., dont le propos est reproduit sur <http://news.cnet.com/8301-13953_3-10052188-80.html>, 30 sept. 2008. Larry Ellison est le cofondateur et P-DG de la société Oracle. (22) Voir <www.gartner.com/it/page.jsp?id=1124212> (Gartner, août 2009) et <www.gartner.com/it/page.jsp?id=1447613> (Gartner, août 2010). Ce cycle est représenté par un graphique dont les abscisses expriment les cinq états d'attente (celles-ci constituant les ordonnées), au travers du temps, vis-à-vis d'une technologie. Ces cinq états sont dans l'ordre les suivants : « *Technology Trigger* », « *Peak of Inflated Expectations* », « *Trough of Disillusionment* », « *Slope of Enlightenment* » et « *Plateau of Productivity* ». Voir égal. Google Trends, <www.google.fr/trends?q=cloud+computing&ctab=O>. (23) Voir les propos de Stallman R., <www.guardian.co.uk/technology/2008/sep/29/cloud.computing.richard.stallman>, 29 sept. 2008. Plus récemment (8 mars 2011) voir encore <www.computerweekly.com/Articles/2011/03/08/245758/Exclusive-Free-software-guru-Richard-Stallman-on-government-IT-and-why-he-hates-the.htm>. Richard Stallman est à l'origine du projet GNU (un OS libre) et de la Free Software Foundation, et est le rédacteur de la bien connue (GNU) GPL (« *Global Public Licence* », une licence majoritairement utilisée en matière de logiciels libres). (24) Voir Zittrain J.L., *The Future of the Internet And How to Stop It*, Yale University Press, 2008. (25) En doctrine européenne, voir not. Pouillet Y., Van Gyseghem J.-M., Moyny J.-P., Gérard J. et Gayrel C., *Data Protection in the Clouds*, in *Computers, Privacy and Data Protection : an Element of Choice*, Gutwirth S., Pouillet Y., De Hert P. et Leenes R. (Eds.), Springer, 2011, p. 377-409, et plus généralement, la partie IV de l'ouvrage collectif de Hon W.K., Millard C. et Walden I., *The Problem of « Personal Data » in Cloud Computing – What Information is Regulated ?*, 2011, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783577> ; voir égal. les autres contributions de la même équipe, <www.cloudlegal.cclsl.qmul.ac.uk/Research/index.html> ; Van Gyseghem J.-M., *Cloud computing et protection des données : mise en ménage possible ?*, RDTI 2011, n° 1, p. 35-50. En doctrine américaine, voir Gellman R., *Privacy in the Clouds : Risks to Privacy and Confidentiality from Cloud Computing*, World Privacy Forum, 23 février 2009, <www.worldprivacyforum.org/pdf/WPF_Cloud_Privacy_Report.pdf> ; Picker R.C., *Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud* <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1151985> ; Robinson W.J., *Free at What Cost ? : Cloud Computing Privacy Under the Stored Communications Act*, The Georgetown Law Journal, vol. 98, p. 1195-1239 ; Soghoian C., *Caught in the cloud : Privacy, encryption, and government back doors in the web 2.0 era*, Journal on Telecommunications and High Technology Law, 2010, vol. 8, n° 2, p. 359-424. (26) À propos de ceux-ci en matière de vie privée et protection des données, voir not. Moyny J.-P., *Cloudy Weather Cloud Based Social Networks Sites : Under Whose Control ?*, in *Investigating Cyber Law and Cyber Ethics : Issues, Impacts and Practices*, Dudley-Sponaule A., Braman J. et Vincenti G. (Eds.), IGI Global, 2011, p. 147-219 ; Moyny J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée*, Quelques réflexions en droits belge et américain, Rev. Dr. Ulg, 2010, n° 2, p. 134-224 ; Moyny J.-P., Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données, REDC, 2010, n° 2, p. 235-271 ; Van den Hoven van Genderen R., *Sociale netwerken, vloek of zegen ? Algemene voorwaarden tot het gebruik van persoonlijke informatie*, Computerr., 2010, p. 97-106 ; Van Eecke P. et Truyens M., *Privacy en sociale netwerken*, Computerr., 2010, p. 115-128. (27) Voir Vaquero L.M., Roderio-Merino L., Caceres J. et Lindner M., *A Break in the Clouds : Towards a Cloud Definition*, précité, p. 52. (28) Le NIST est une agence de l'US Department of Commerce. (29) Voir Mell P. et Grance T., NIST, *The NIST Definition of Cloud Computing (Draft)*, Special Publication 800-145 (Draft), janv. 2011, <http://csrc.nist.gov/publications/drafts/800-145/Draft-SP-800-145_cloud-definition.pdf>, p. 2.

3. Les auteurs de la définition identifient cinq caractéristiques essentielles du *cloud* : « *on-demand self-service, broad network access, resource pooling, rapid elasticity, measured service* ». Ce qui importe, dans le contexte du présent propos, est l'internationalité propre à la technologie du *cloud*. Les services du *cloud*, dont il est question dans la suite des développements, sont accessibles *via* des « *Internet-based interfaces* » (29) permettant l'« *ubiquitous network access* ». À cet égard, il importe de souligner que le *cloud* repose en principe sur internet (30), ce dernier constituant son canal privilégié de prestation (31). Certains jugent même que le « *Cloud Computing is a natural evolution of the Internet* » (32). Un autre auteur considère que le plus simple est de considérer le *cloud computing* comme « *Internet centric software* » (33). En ce sens, « “*Cloud Computing*,” to put it simply, means “*Internet Computing*.” *The Internet is commonly visualized as clouds* (34) ; hence the term “*cloud computing*” for computation done through the Internet » (35), et les auteurs concluent : « [i]t is also the beginning of a new Internet based service economy : the Internet centric, Web based, on demand, Cloud applications and computing economy » (36). D'autres expliquent que « *cloud lets us exploit all available resources on the Internet in a scalable and simple way (...)* [a]s long as users can connect to the Internet, they have the entire Web as their power PC » (37). Dans le même sens, on lit enfin que « [t]he “*Cloud*” concept is finally

wrapping peoples' minds around what is possible when you leverage web-scale infrastructure (application and physical) in an on-demand way » (38).

Bref, *par essence*, la technologie étudiée tend à l'internationalité. Cet aspect est fondamental d'un point de vue juridique : la situation internationale est la règle, le cas purement interne, national, devient exceptionnel. Dans ce contexte, l'arbitrage apparaîtra comme l'appréhension, par l'autonomie des volontés, du contentieux international.

4. Au-delà de ce qui précède, le *cloud* se décline en trois catégories de services

Par essence, la technologie étudiée tend à l'internationalité. Cet aspect est fondamental d'un point de vue juridique : la situation internationale est la règle, le cas purement interne, national, devient exceptionnel.

ou niveaux d'abstraction (39) : « *Cloud Software as a Service* » (SaaS), « *Cloud Platform as a Service* » (PaaS) et « *Cloud Infrastructure as a Service* » (IaaS) (40). La définition du Nist pointe enfin trois types de déploiement du *cloud* : « *private cloud* » (parfois appelé « *internal cloud* »), « *community cloud* » (41), « *public cloud* » (parfois appelé « *external cloud* ») et « *hybrid cloud* » (42). Respectivement, l'infrastructure du *cloud* est exploitée pour une seule entreprise (ou

organisation), pour plusieurs entreprises ou pour une organisation partageant des intérêts communs, ou alors elle est offerte au grand public, ou encore, elle reflète l'une ou plusieurs des hypothèses précédentes. Techniquement, c'est le « *public cloud* », eu égard à ces capacités, qui est particulièrement pertinent lorsqu'il est question de « *cloud computing* » (43).

5. Illustrons à présent les trois types de services impliqués dans le *cloud*. Si d'autres études offrent de nombreuses illustrations auxquelles il peut être renvoyé (44), on se contentera de mentionner, à côté du pionnier Amazon (Elastic Compute Cloud [EC2], Simple Storage Service [S3]), Google (App Engine, Gmail), Apple (iTunes, AppStore), Microsoft (Windows Azure, Hotmail) et IBM (SmartCloud) qui offrent également des services du *cloud*. Les trois types de services du « *cloud* » peuvent être schématisés en trois couches superposées dont le sommet est constitué par le SaaS, la base par l'IaaS et la strate intermédiaire par la PaaS. Il va de soi que le service offert par le prestataire du *cloud* peut être l'une des strates citées ou la combinaison de plusieurs d'entre elles.

Au niveau de la couche du sommet, le SaaS consiste à offrir à l'utilisateur une application (logiciel d'infographie, traitement de texte, jeu vidéo, programme de gestion des ressources humaines, etc.) qui est exécutée sur un équipement du *cloud* (e.g., sur les serveurs du fournisseur du SaaS ou ceux de son sous-traitant). L'utilisateur peut alors utiliser cette application comme si elle était installée sur son matériel, sans pourtant qu'elle le soit, en y accédant *via* son navigateur internet et sa connexion

(29) Vaquero L.M., Rodero-Merino L., Caceres J. et Lindner M., *A Break in the Clouds : Towards a Cloud Definition*, précité, p. 50. Les services web, logiciels permettant aux machines d'interagir *via* un réseau (par exemple *via* le protocole HTTP) (au sujet du *Web service*, voir W3C, Web Services Architecture, W3C Working Group Note, 11 février 2004, <www.w3.org/TR/ws-arch/#introduction>, sont essentiels à l'offre de services du *cloud*). (30) Selon certains auteurs : « [a]s with all definitions, it is important to recognize that as technology options change, the specifics of the definition can also change. The Gartner definition specifically cites the Internet, whereas the Wikipedia definition (for example) does not. Currently, we feel that the Internet is the single most pervasive and globally visible network available. These characteristics are necessary to delivering IT services to a generic cloud and to a simple definition. However, as time passes, other networking options may become popular and then the specific connection to the Internet will be only one part of the definition. In fact, within companies, the use of private networks means that a cloud-style environment can be delivered without ever using Internet technologies, Gartner Research, Plummer D.C., Bittman T.J., Austin T., Cearley D.W. et Mitchell Smith D., *Cloud Computing: Defining and Describing an Emerging Phenomenon*, précité, p. 8. (31) Grossman R.L., *The Case for Cloud Computing*, *ITProfessional*, n° 2, 2009, p. 23. Voir aussi la définition de Furth B., *Cloud Computing Fundamentals*, précité, p. 3. (32) Cisco IBSG, Craig R., Frazier J., Jacknis N., Murphy S., Purcell C., Spencer P. et Stanley J.D., *Cloud Computing in the Public Sector: Public Manager's Guide to Evaluating and Adopting Cloud Computing*, précité p. 2. (33) Voir la définition de Cohen R., cité par Geelan J., *Twenty-One Experts Define Cloud Computing. It is the infrastructural paradigm shift that is sweeping across the Enterprise IT world, but how is it best defined ?*, 24 janv. 2009, SYS-CON Media, <http://cloudcomputing.sys-con.com/node/612375>. (34) Dans le même sens, voir Velte T., Velte A. et Elsepeter R., *Cloud Computing, A Practical Approach*, 22 sept. 2009, McGraw-Hill, p. 3-4 ; Knorr E. et Gruman G., *What cloud computing really means*, *InfoWorld*, <www.infoworld.com/d/cloud-computing/what-cloud-computing-really-means-031>, p. 1 ; Marinos A. et Briscoe G., *Community Cloud Computing, First International Conference on Cloud Computing*, Pékin, 1^{er}-4 déc. 2009, <http://eprints.lse.ac.uk/26516/1/community_cloud_computing_%28LSERO_version%29.pdf>, p. 1. (35) Voir Srinivasa Rao V., Nageswara Rao N.K. et Kusuma E., *Cloud Computing : an Overview, Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, 2009, vol. 9, n° 1, p. 71. (36) Précité, p. 76. Ils prédisent également que « it is the beginning to the end of the dominance of desktop computing such as that with the Windows ». (37) Voas J. et Zhang J., *Cloud computing : New Wine or Just a New Bottle ?*, *ITProfessional*, n° 2, 2009, p. 15. (38) Voir Edwards D., cité par Geelan J., *Twenty-One Experts Define Cloud Computing. It is the infrastructural paradigm shift that is sweeping across the Enterprise IT world, but how is it best defined ?*, précité. (39) Youssef L., Butrico M. et Da Silva D., *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, précité, p. 2. (40) Mell P. et Grance T., NIST, *The NIST Definition of Cloud Computing (Draft)*, précité, p. 2-3. (41) On relèvera que le « *Community Cloud* » peut être subdivisé en « *Social Cloud* » et « *Partner Cloud* » ; voir à ce sujet Esteves R., *A Taxonomic Analysis of Cloud Computing*, précité, p. 4. (42) Mell P. et Grance T., NIST, *The NIST Definition of Cloud Computing (Draft)*, précité, p. 3. (43) « Except for extremely large data centers of hundreds of thousands of machines, such as those that might be operated by Google or Microsoft, most data centers enjoy only a subset of the potential advantages of public clouds » : Armburst M., Fox A., Griffith R., Joseph A.D., Katz R., Konwinski A., Lee G., Patterson D., Rabkin A., Stoica I. et Zaharia M., *A view of Cloud Computing*, *Communications of the ACM*, vol. 53, n° 4, 2010, p. 53, p. 52. (44) Voir Bradshaw S., Millard C. et Walden I., *Contracts for Clouds : Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, 1^{er} sept. 2008, <http://ssrn.com/abstract=1662374> ; Buyya R., Shin Yeo C. et Venugopal S., *Market-Oriented Cloud Computing : Vision, Hype, and Reality for Delivering IT Services as Computing Utilities*, <www.cloudbus.org/~raj/papers/hpcc2008_keynote_cloudcomputing.pdf>, p. 3-7 ; Marston S., Li Z., Bandyopadhyay S. et Zhang J., *Cloud Computing – The Business Perspective*, juin 2009, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413545>, p. 31-32. En particulier au sujet des cas Amazon, Google, Salesforce et Microsoft, voir Kushida K.E., Murray J. et Zysman J., *Diffusing the Cloud : Cloud Computing and Implications for Public Policy*, précité, p. 17-24 ; Markspace, Rayport J.F. et Heyward A., *Envisioning the Cloud : The Next Computing Paradigm*, précité, p. 15-16 ; Jefferey K. et Neidecker-Lutz B. (Eds.), *The Future Of Cloud Computing, Opportunities For European Cloud Computing Beyond 2010*, précité, p. 19-28.

internet. On peut également imaginer que l'application soit tout de même installée sur son terminal, mais que des fonctions additionnelles soient disponibles *via* le *cloud* (45). Dans ces hypothèses, l'utilisateur ne contrôle en principe pas les ressources informatiques – processeurs, espace de mémoire, etc., le *hardware* – utilisées aux fins de l'offre de SaaS. En d'autres termes, il ne maîtrise pas l'infrastructure du *cloud* permettant le fonctionnement de l'application (les serveurs, etc., y compris des composantes logicielles telles que l'OS). Par exemple, dans le cadre d'un réseau social tel que Facebook, l'interface web que l'internaute utilise – l'outil permettant le fonctionnement du réseau – est une application exécutée sur les serveurs de Facebook. Un service de webmail (Gmail, Hotmail, etc.) constitue aussi un SaaS, de même que les services de paiement et gestion de compte de PayPal, ou encore un moteur de recherche tel que Google. Salesforce offre, sous forme de SaaS, des logiciels « CRM » (« customer relationship management »). On évoquera aussi les Google Apps, la suite d'applications de Zoho, etc. Sans aucun doute, cette couche du *cloud* intéressera particulièrement l'utilisateur lambda – le consommateur final. Même si des entreprises sont également visées comme les exemples l'illustrent. Il existe ainsi assez logiquement deux catégories générales de SaaS : « *Line-of-business services* » et « *Consumer-oriented-services* », selon que le service est offert à une entreprise (ou une organisation) ou à un consommateur (46). Les exemples cités illustrent que les consommateurs – internautes moyens – utilisent déjà des SaaS, et donc le *cloud*, depuis plusieurs années (47) et massivement. En ce sens, le *Pew Research Center* signalait en 2008 que 69 % des internautes américains utilisaient des webmails (en particulier, 56 %), stockaient des informations en ligne ou utilisaient des logiciels fonctionnant sur le web (48). Aujourd'hui, la progression fulgurante

qu'ont connue les réseaux sociaux en ligne ne laisse planer aucun doute. C'est principalement ce niveau du *cloud* et uniquement ce type de clientèle qui sont visés par la présente contribution.

6. À l'autre extrême, la couche dite « de base » comporte l'IaaS. Celle-ci consiste en la fourniture de ressources informatiques fondamentales : de la puissance de calcul, de l'espace de stockage et du réseau (de l'« interconnexion »). À cette fin, plusieurs terminaux – des ordinateurs complets – sont émulés sur un même *hardware* (le matériel informatique, les processeurs, la mémoire, etc., généralement les composants des racks du data center). En informatique, c'est la virtualisation (« *virtualization* ») (49) qui permet la création de machines virtuelles (ou « *virtual machines* » [VM]) (50). Clairement, « *the abstraction from the underlying hardware pool is essential for cloud solutions* » (51). La virtualisation permet l'élasticité du *cloud*, à savoir son adaptabilité instantanée (ou quasi instantanée) à la demande des utilisateurs. Avec l'IaaS, on touche ici à la « *backbone* » du « *cloud* » : les « *data centers* » ; « *[t]he cloud itself is a network of data centers* » (52), et « *[t]o say it simply, the unit of computing is now the data center* » (53). Dans le cas du réseau social, de l'espace de stockage (aux fins d'enregistrer des photos, des messages – postés sur un mur, à l'occasion de chat, etc. –, des vidéos, etc.) et de la puissance de calcul (e.g., celle permettant le fonctionnement du réseau social) sont offerts. Généralement, un service de webmail permet également l'archivage des courriels. Drop Box, Cloud Files (Rackspace) et Amazon S3 ont spécifiquement pour objectif de fournir de l'espace de stockage. Il faut toutefois spécifier que des offres telles qu'un réseau social ou un webmail ne constituent pas de simples IaaS, mais plutôt, à titre principal, des SaaS, l'infrastructure sous-jacente constituant un accessoire, le cas échéant, nécessaire. En effet, il y a systématiquement un SaaS qui est offert. Immanquablement, un SaaS repose toujours sur du *hardware*

– il faut bien en effet que l'application soit exécutée sur des processeurs et que les données soient mises en mémoire sur des supports de stockage (!). En l'espèce, du *hardware* est offert avec l'applicatif, mais il n'est toutefois pas paramétrable – au mieux, l'utilisateur y inscrit ou efface des données. On pense par exemple aussi à des applications d'entreprise « ERP » (« *enterprise resource planning* ») de la firme bien connue SAP pouvant être offertes à partir du *cloud* d'Amazon EC2 (54).

Dans le cas d'Amazon EC2, il est cette fois clairement question d'IaaS. On pense également à l'Enterprise Cloud de Terremark (55). De manière plus précise, l'offre d'IaaS consisterait à fournir, par exemple, de simples disques durs, l'utilisateur pouvant y installer l'OS et les applications qu'il souhaite. Il pourrait également être question d'accès à des processeurs. En l'espèce, l'utilisateur maîtrise totalement la destination des ressources fournies. Les entreprises et le secteur public ont en l'espèce un intérêt particulier à recourir à de l'IaaS dès que cela leur permet de diminuer leurs investissements de départ en IT, tout en pouvant bénéficier de ressources toujours à la mesure de leurs besoins.

7. Enfin à un niveau intermédiaire, la PaaS, l'« *environment layer* » (56) du *cloud*, semble un peu plus difficile à visualiser. L'idée est ici d'offrir des services permettant aux utilisateurs de concevoir des applications reposant sur l'infrastructure du *cloud* (57). Celles-ci sont alors conçues avec les langages de programmation et des outils que le fournisseur de PaaS permet d'utiliser. La PaaS est donc clairement destinée aux développeurs. L'utilisateur contrôle l'application voire, le cas échéant, la configuration de son environnement d'hébergement. En d'autres termes, certains relèvent que « *PaaS is IaaS with a custom software stack for the given application* » (58). En reprenant Facebook

(45) Voir Chappell D., *A Short Introduction to Cloud Platforms, An Enterprise-Oriented View*, août 2008, <www.davidchappell.com/CloudPlatforms-Chappell.pdf>, p. 4. L'auteur cite iTunes comme exemple, en ce que l'application, à la base lecteur de fichiers multimédias, permet, de manière complémentaire, d'acheter de tels fichiers en ligne. (46) Microsoft, Chong F. et Carraro G., *Architecture Strategies for Catching the Long Tail*, avr. 2006, <www.cistrattech.com/whitepapers/MS_longtailsaas.pdf>, p. 2. (47) À titre d'exemple, MSN Hotmail – webmail à succès – est exploité par Microsoft depuis la fin des années 90, voir <http://en.wikipedia.org/wiki/Windows_Live_Hotmail#cite_note-1>. Gmail, le webmail de Google, a quant à lui été lancé en 2004, voir <http://en.wikipedia.org/wiki/Gmail>. Et YouTube a été lancé en 2005, voir <http://en.wikipedia.org/wiki/YouTube>. (48) Horrigan J.B., *Pew Internet & American Life Project*, « *Cloud computing* » takes hold as 69 % of all internet users have either stored data online or used a web-based software application », *Data Memo*, sept. 2008, disponible sur <www.pewinternet.org/~media/Files/Reports/2008/PIP_Cloud.Memo.pdf.pdf>. (49) Vaquero L.M., Roderio-Merino L., Caceres J. et Lindner M., *A Break in the Clouds : Towards a Cloud Definition*, précité, p. 51. (50) Il existe deux grandes catégories de machines virtuelles. « *A process VM is a virtual platform that executes an individual process. (...) a system VM provides a complete, persistent system environment that supports an operating system along with its many user processes* », Smith J.E. et Nair R., *The Architecture of Virtual Machines*, *Computer*, mai 2005, p. 34. Pour plus de détails, voir, par ex., Nanda S. et Chueh T., *A survey on Virtualization Technologies*, *RPE Report*, févr. 2005, <www.ecl.cs.sunysb.edu/tr/TR179.pdf>. (51) Weinhardt C., Anandaviam A., Blau B. et Stößer J., *Business Models in the Service World*, *ITProfessional*, n° 2, 2009, p. 37. (52) Marketspace, Rayport J.F. et Heyward A., *Envisioning the Cloud : The Next Computing Paradigm*, précité, p. 3. (53) Grossman R.L., *The Case for Cloud Computing*, précité, p. 27. (54) Voir <www.erpsoftware-news.com/sap_erp/>. (55) Une filiale de Verizon Communications. (56) Youssef L., Butrico M. et Da Silva D., *Toward a Unified Ontology of Cloud Computing*, précité, p. 4. (57) À leur sujet, voir Chappell D., *A Short Introduction to Cloud Platforms, An Enterprise-Oriented View*, précité, p. 4-13. (58) Furht B., *Cloud Computing Fundamentals*, précité, p. 5.

comme exemple, une « *Application Programming Interface* » (API) est offerte aux développeurs. Ceux-ci peuvent créer des applications fonctionnant sur le réseau social Facebook. Toutefois dans cette hypothèse, Facebook n'héberge en principe pas l'application qui demeure exécutée chez le développeur. L'internaute utilisant le réseau social et installant une application accède alors à un SaaS. On pensera également à Google App Engine qui permet aux développeurs d'exploiter leurs applications dans le *cloud*.

8. Finalement, le *cloud* apparaît un peu comme « *X as a Service* » (59), à savoir « *everything as a service* » (XaaS) (60) *via* internet. L'on ne s'attardera pas à répéter fastidieusement ses avantages et inconvénients identifiés par les auteurs cités çà et là dans la présente contribution (61). Seules l'immatérialité et la multilocalisation de son contexte nous intéressent. La ressource informatique est délocalisée et multilocalisée. Il apparaît intéressant de se demander dans quelle mesure un tel environnement peut se doter de moyens de résolution des litiges épousant ses caractéristiques – internationalité, accessibilité ubiquitaire *via* des interfaces web, rapidité, etc. À cet égard, pourrait-on se permettre de penser à l'arbitrage en ligne ? Dans le cadre de la gouvernance d'internet, l'arbitrage peut apparaître comme un moyen de surmonter les conflits de juridictions (62) dont le *cloud* fait déjà sans aucun doute l'objet. La suite des développements évalue si la Convention européenne des droits de l'Homme et l'interdiction des clauses abusives permettent au consommateur d'accepter, dans le *cloud*, le recours à l'arbitrage.

II. – CLAUSES ABUSIVES

A. – Droit de l'Union européenne

La directive n° 93/13 n'interdit pas systématiquement toutes les clauses d'arbitrage dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (1°). Elle permet l'existence de telles clauses lorsque *in concreto*, de bonne foi, elles préservent l'équilibre entre les cocontractants (2°). L'analyse qui suit porte à la fois sur la directive n° 93/13 et la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs (63). La seconde, lorsqu'elle interdit les clauses abusives, reprend en effet des aspects fondamentaux de la première. Mais il importe également de mettre en exergue les divergences entre les deux textes.

1°/ Modalités de l'interdiction

9. Au regard du droit de l'Union euro-

Dans le cadre de la gouvernance d'internet, l'arbitrage peut apparaître comme un moyen de surmonter les conflits de juridictions dont le *cloud* fait déjà sans aucun doute l'objet.

péenne, une clause d'arbitrage est-elle abusive au sens de la directive n° 93/13 et de la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs (64) ? On commencera par rappeler la définition générale de la clause abusive : une « *clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque,*

en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » (65). On le verra, si la nouvelle directive adopte une approche différente en listes de clauses, la catégorie résiduaire de clauses abusives est définie selon le même standard (66). Le déséquilibre significatif en dépit de la bonne foi constitue « *un seul critère complexe* » (67). Nous retiendrons en effet que la bonne foi constitue plus un élément additionnel d'analyse, qu'une condition à satisfaire indépendamment du déséquilibre significatif et outre celui-ci (68). Mais la question est controversée en doctrine (69) et la nouvelle directive ne clarifie pas le débat. Certains jugent qu'il y a deux conditions cumulatives (70). Plus concrètement, le considérant 16 (71) et l'article 4, § 1^{er}, de la directive n° 93/13 commandent que soient pris en compte, dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause, les contextes précontractuels (modalités de la négociation et position des parties) et contractuels (nature du bien ou service et autres clauses et contrats liés).

10. En particulier, l'annexe de la directive n° 93/13 « *contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives* » (72) (nous soulignons). Cette liste peut « *faire l'objet d'ajouts ou de formulations plus limitatives* » (73). Peut ainsi être abusive la clause susceptible d'avoir pour objet ou pour effet « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales (...)* » (74) (nous

(59) L'expression est empruntée à Schaffer H.E., *X as a Service, Cloud Computing, and the Need for Good Judgment*, *ITProfessional*, n° 5, 2009, p. 4. (60) L'expression et son acronyme sont empruntés à Gartner Research, Plummer D.C., Bittman T.J., Austin T., Cearley D.W. et Mitchell Smith D., *Cloud Computing : Defining and Describing an Emerging Phenomenon*, précité, p. 5. « *Everything as a Service is the Universe of all the cloud delivery services, as it is a generic definition of all delivery ways that exist and that might be created in the future* », Esteves R., *A Taxonomic Analysis of Cloud Computing*, précité, p. 6. L'auteur cite d'autres références quant à l'utilisation de l'acronyme « XaaS », et il identifie plus de 30 expressions « ... as a service ». (61) L'expression et son acronyme sont empruntés à Gartner Research, Plummer D.C., Bittman T.J., Austin T., Cearley D.W. et Mitchell Smith D., *Cloud Computing : Defining and Describing an Emerging Phenomenon*, précité, p. 5. « *Everything as a Service is the Universe of all the cloud delivery services, as it is a generic definition of all delivery ways that exist and that might be created in the future* », Esteves R., *A Taxonomic Analysis of Cloud Computing*, précité, p. 6. L'auteur cite d'autres références quant à l'utilisation de l'acronyme « XaaS », et il identifie plus de 30 expressions « ... as a service ». (62) Kurbalija J., *An Introduction to Internet Governance*, *DiploFoundation*, 2010, p. 88. (63) À l'heure de la rédaction de la présente contribution, la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs n'est pas encore adoptée. (64) À propos de sa proposition, en ce qu'elle concerne les clauses abusives, voir Swaenepoel E., Stijns S. et Wéry P., *Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives*, *DCCR*, n°s 84-85, 2009, p. 142-203. (65) Article 3, § 1^{er}, de la directive n° 93/13. (66) Voir l'article 32, § 1^{er}, de la nouvelle directive. (67) Tenreiro M. et Ferioli E., Examen comparatif des législations nationales transposant la directive n° 93/13/CEE, in La directive « clauses abusives » cinq ans après, Conférence de Bruxelles du 1^{er} au 3 juillet 1999, Commission européenne, 2000, <http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf>, p. 16. (68) Historiquement, aux origines de la directive n° 93/13, les différents rôles du principe de bonne foi dans les législations nationales (de celui d'un principe inconnu à celui d'un principe fondamental quant à l'appréciation du caractère abusif d'une clause) ont conduit la Commission à le combiner au critère du déséquilibre significatif, plutôt qu'à le conserver comme critère autonome de détermination du caractère abusif d'une clause, voir Tenreiro M., *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms*, *Revue européenne de droit privé*, 1995, vol. 3, n° 2, p. 276-277 et, en particulier, p. 279. En droit belge, l'exigence de bonne foi n'est pas explicitement requise par la définition de la clause abusive, voir *infra*, n°s 0 et s. (69) Voir Ebers M., Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13), in *Compendium CE de Droit de la consommation*, Schulte-Nölke H. (coord.), Schulte-Nölke H., Twigg-Flesner C. et Ebers M. (ss dir.), <http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_fr_final.pdf>, p. 434-435. (70) Voir par ex. Drahozal C.R. et Friel R.J., *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, précité, p. 364. (71) Selon lequel « *dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ; (...)* l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes ». Voir égal. le considérant 48 de la nouvelle directive. (72) Article 3, § 3, de la directive n° 93/13. (73) Considérant 17 de la directive n° 93/13. (74) Point q) de l'annexe de la directive n° 93/13. Comp. article 73, 23°, de la LPMPC ; point 1, q) de l'annexe de la LPL.

soulignons). Selon une interprétation souvent défendue de ce texte, serait abusive la « clause compromissaire de droit commun » (75), tandis que les « mécanismes d'arbitrage obligatoire que le législateur peut ou pourrait imposer dans certains domaines » seraient réservés (76). Plus largement, l'arbitrage prévu et spécifiquement encadré par le législateur pour les litiges de consommation pourrait échapper à la prohibition (77). Dans un autre sens toutefois, il pourrait être défendu qu'il suffit que l'arbitrage soit un mode de règlement des différends encadré, ne fût-ce que de manière générale, par la loi – comme dans de nombreux États, par exemple en Belgique, dans le Code judiciaire –, pour sortir du champ de la prohibition de l'annexe de la directive n° 93/13 (78). On pourrait encore soutenir que l'amicable composition est seule interdite par la directive (79). On relèvera enfin que d'autres interprétations ont encore été avancées (80). L'annexe de la directive n'est donc pas claire. Si les développements suivants démontrent que la controverse n'est actuellement pas déterminante, on expliquera plus loin qu'elle devient cardinale dans le cadre de la nouvelle directive.

11. En tout cas en vertu de la directive n° 93/13, le critère décisif invalidant ou non une clause d'arbitrage conclue dans un contrat de consommation réside dans le déséquilibre qu'une telle clause crée ou non au désavantage du consommateur. L'annexe à la directive n° 93/13 vise les clauses qui « peuvent » être abusives ; il « est

constant qu'une clause qui y figure ne doit pas nécessairement être considérée comme abusive et que, inversement, une clause qui n'y figure pas peut néanmoins être déclarée abusive » (81). La jurisprudence de la Cour de justice est claire à ce sujet : le juge doit apprécier *in concreto* (82) le caractère abusif d'une clause ; « une clause particulière qui doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce » (83). Ainsi, le juge européen peut spécifier les « critères que le juge national peut ou doit appliquer lors de l'examen d'une clause », mais c'est toujours ce dernier qui doit, en tenant compte de ces critères, se prononcer « sur la qualification concrète d'une clause contractuelle particulière » (84). Il y a par conséquent place pour débattre, quel que soit le prescrit littéral de l'annexe dont il est question.

12. Le point q) de l'annexe de la directive n° 93/13 interdit les clauses susceptibles de supprimer ou entraver « l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur » (nous soulignons). Et ces autres voies de recours, nous les concevons volontiers extrajudiciaires, dès lors que la Commission européenne « va renforcer le suivi et encourager l'utilisation des recommandations existantes, qui établissent des garanties minimums pour les dispositifs de règlement extrajudiciaire des litiges » en matière de consommation (85), en particulier dans le contexte transfrontière que constitue l'internet (86), et que certaines direc-

tives européennes, pertinentes quant à l'environnement numérique, favorisent également ce type de règlement des litiges (87).

Il importe néanmoins d'apporter une précision importante quant à la position de la Commission dans ce contexte. Elle recommande en effet que le consommateur ne puisse consentir à l'arbitrage qu'une fois le litige né (88). Et elle s'est déjà positionnée contre la possibilité de conditionner l'accès du consommateur aux tribunaux, au recours préalable à un mode alternatif de règlement des différends (89). Dans son travail interprétatif, la Cour de justice est susceptible d'attribuer des effets juridiques à cette recommandation. Elle y a déjà procédé, en l'invoquant conjointement avec une disposition de la directive dite « service universel » (90) qui spécifie qu'il ne peut être porté préjudice aux procédures judiciaires (91). Ce qui est fondamental dans le cadre du présent propos puisqu'il entend démontrer qu'une place théorique existe pour la clause d'arbitrage antérieure à la naissance du différend. Les jurisprudences nationales, évoquées ultérieurement, tendent vers la position recommandée par la Commission (92).

C'est cette prise de position qui a au demeurant été suivie par la Commission lorsqu'elle se réfère aux modes alternatifs de règlement des différends dans ses clauses contractuelles types à propos des différends en matière de flux transfrontières de données à caractère

(75) Dans ce sens, voir Cortes P., *Developing online dispute resolution for consumers in the EU : a proposal for the regulation of accredited providers*, précité, p. 11-12 et note n° 111.

(76) Fouchard P., *Clauses abusives en matière d'arbitrage*, Rev. arb., 1995, p. 148. Par ex., la directive ne s'oppose pas aux « juntas » espagnoles dont il est question *infra*, voir *infra*, n° 0.

(77) Fallon M., *Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993*, REDC, 1996, p. 16 ; Thilly A., *Clause d'arbitrage et contrat de voyage*, DCCR, 1996, p. 318. Pour une interprétation. (78) En ce sens, Bosmans M., *Onerlijke en onrechtmatige bedingen : zijn de artikelen 31 en volgende van de WHPC compatibel met de EEG Richtlijn 93/13 van 5 april 1993*, DCCR, 1993-1994, p. 703. Ce point est notamment soulevé par Park W.W., *Amending the federal arbitration act, Report American Review of International Arbitration*, 2002, 13, note n° 225. (79) Quant à la nouvelle directive, voir *infra*, n° 0. (80) Voir la doctrine citée par Drahozal C.R. et Friel R.J., *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, précité, p. 365-366. (81) CJCE (5^e ch.), 7 mai 2002 (*Commission c/ Suède*), aff. C-478/99, Rec., 2002, p. I-04147, point 20. Voir en particulier les points 37 et 38 des conclusions de l'Avocat général

Roche présentées le 31 janvier 2002 ; CJCE (4^e ch.), 1^{er} avr. 2004 (*Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c/ Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*), aff. C-237/02, Rec., 2004, p. I-03403, point 20 ; CJCE (1^{re} ch.), 26 oct. 2006 (*Elisa Maria Mostaza Claro c/ Centro Movil Milenium SL*), aff. C-168/05, Rec., 2006, p. I-10421, point 22. (82) Évoquant cette interprétation, voir Flamée M. et Troch K., *De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende onerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht*, RDC, 1996, p. 42. Adde, Bernardeau L., *Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire* (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, *Oceano*, aff. C-240/98), REDC, 2000, p. 268 ; CCA, n° 28, avis du 9 juin 2010 sur le régime des clauses abusives dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, <http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA28-d%3%A9f2_tcm326-106758.pdf>, p. 21. (83) CJCE, arrêt *Freiburger c/ Hofstetter*, précité, point 22. (84) CJUE (Gr. Ch.), 9 novembre 2010 (*VB Pénzügyi Lizing Zrt. c/ Ferenc Schneider*), aff. C-137/08, Rec., 2010, point 44. (85) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, du 13 mars 2007, *Stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013*, Responsabiliser le consommateur, améliorer son bien-être et le protéger efficacement, COM (2007) 99 final, point 5.3, al. 5. (86) Dans le contexte même des clauses abusives, le Comité économique et social européen juge « pertinent d'instituer des mécanismes extrajudiciaires, de médiation, voire d'arbitrage, pour la résolution de litiges incluant l'utilisation de clauses contractuelles générales, en particulier dans les contrats transfrontières, et notamment lorsqu'ils ont pour objet des contrats négociés par l'intermédiaire du commerce électronique », avis du Comité économique et social européen sur le « Rapport de la Commission sur l'application de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », 30 nov. 2011, point 8.2. (87) En matière de service universel par exemple, voir l'article 34 (règlement extrajudiciaire des litiges) de la directive (CE) n° 2002/22 du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOUE 24 avr. 2002, n° L 108 ; en matière de services de la société de l'information, voir l'article 17 de la directive n° 2000/31. (88) Recommandation de la Commission n° 98/257/CE, du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE 30 mars 1998, L 115 p. 31. (89) Voir les développements de Sternlight J.R., *Is the US out on a limb ? Comparing the US approach to mandatory consumer and employment arbitration to that of the rest of the world*, *University of Miami Law Review*, 2002, 56, p. 846-847. (90) Voir CJCE (4^e ch.), 18 mars 2010 (*Rosalba Alassini et a. c/ Telecom Italia*), aff. jets C-317/08 à C-320/08, Rec., 2010, p. I-02213, points 40 et 43 ; article 34, § 4, de la directive n° 2002/22. Dans ce contexte, le droit italien prévoit le recours à un mode alternatif de règlement des différends (une procédure de conciliation) comme préalable nécessaire à une action en justice. (91) Voir l'article 34, § 4, de la directive n° 2002/22. (92) Voir *infra*, n° 0 et s.

personnel (93). Ces clauses sont destinées à garantir la protection des personnes concernées lorsque le pays de destination des données n'offre pas une protection adéquate. Dans cette dernière matière, qui relève des droits de l'Homme, on lit que la possibilité de saisir les juridictions étatiques est toujours maintenue, même si, le cas échéant, il est imposé de « répondre » à une procédure de médiation non contraignante avant d'y recourir. La personne concernée (par exemple, celle sur qui portent les données traitées) est donc freinée dans son accès au Tribunal. Selon les recommandations de la Commission en matière de litiges de consommation, un compromis d'arbitrage devrait donc être conclu. Ou l'arbitrage prévu dans les termes contractuels devrait être optionnel en tout cas pour le consommateur. Par conséquent, la clause d'arbitrage ne pourrait être valable vis-à-vis d'un consommateur. On ne peut s'empêcher de lier cette exigence avec ce qui vaut en matière de protection du consommateur contre les clauses d'élection de *for* dans le règlement « Bruxelles I » (94). Le règlement prévoit que, lorsque les règles de compétence protectrices du consommateur s'appliquent (95), il ne peut y être dérogé, notamment, que par une convention *postérieure* à la naissance du différend. Ces prises de position sont toute à fait défendables ; la réalité et le caractère libre de la volonté du consommateur ont plus de chances d'exister et sont plus faciles à démontrer une fois le différend né. En droit, la Commission fonde son exigence de conclusion de la convention d'arbitrage après la naissance du différend, sur l'article 6 de la CEDH (96). Or, nous semble-t-il, la Cour EDH ne s'opposerait pas nécessairement et systématiquement à l'insertion d'une

clause d'arbitrage dans un contrat de consommation. S'il n'y a pas de jurisprudence directement liée au contexte de la consommation, les tendances de la jurisprudence de la Cour EDH et de l'ancienne Commission EDH ne semblent pas être un obstacle insurmontable (97). Il appartiendrait alors au droit national de fixer, dans sa marge d'appréciation, les modalités d'une telle possibilité.

13. En synthèse, dans le cadre de la directive n° 93/13, il appartient aux juges nationaux de veiller à ce que le consommateur ne soit pas désavantagé par rapport au professionnel lorsqu'il entend faire valoir ses droits *via* l'ensemble des voies de recours ouvertes à lui. Mettant

Le règlement prévoit que, lorsque les règles de compétence protectrices du consommateur s'appliquent il ne peut y être dérogé, notamment, que par une convention postérieure à la naissance du différend.

en œuvre l'interdiction européenne des clauses abusives, le législateur pourrait aussi spécifiquement prévoir que, dans certaines hypothèses – voire toutes –, le consommateur n'est pas lié par une clause d'arbitrage insérée dans le contrat originellement conclu avec le professionnel. À défaut, s'il se contente de prohiber de manière générale les clauses abusives, la question doit être tranchée *in concreto* par le juge. Il y a alors place pour une certaine marge d'appréciation.

14. Comme annoncé, la nouvelle directive relative aux droits des consommateurs suit une approche différente. Elle définit autrement la clause abusive

en répartissant les clauses rédigées à l'avance par le professionnel en trois catégories (98). Certaines clauses sont abusives en toutes circonstances (99) – liste noire –, d'autres sont présumées abusives (100) – liste grise – et enfin, de manière résiduaire, toute autre clause peut être abusive si, « *en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* » (101). Dans l'établissement des listes grise et noire, l'objectif poursuivi par la Commission était double : assurer la sécurité juridique et garantir un meilleur fonctionnement du marché intérieur (102). Selon la nouvelle directive, est abusive « *en toutes circonstances* » – peu importe donc la réalité d'un déséquilibre entre le consommateur et le professionnel – la clause qui a pour objet ou pour effet « *d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit* » (103) (nous soulignons). La controverse précitée pouvant naître du point q) de l'annexe de la directive n° 93/13 que nous venons d'analyser n'est donc pas épuisée et, pire, devient incontournable. À plus forte raison, d'un point de vue textuel, que dans le cadre de l'annexe de la directive n° 93/13, il semblerait possible de considérer ici que seule la clause d'arbitrage imposant l'amiable composition est *toujours* interdite. Aussi, comme sous l'empire de la directive n° 93/13, « *d'autres voies de recours* », pourquoi pas extrajudiciaires, pourraient être ouvertes au consommateur. On pourrait alors défendre qu'une analyse *in concreto* serait également

(93) Voir les articles 25 et 26 de la directive n° 95/46 ; décision de la Commission n° 2010/87/UE du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE 12 février 2010, n° L 39, clause n° 7. *Adde*, décision de la Commission n° 2004/915/CE du 27 décembre 2004 modifiant la décision n° 2001/497/CE en ce qui concerne l'introduction d'un ensemble alternatif de clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers, JOUE 29 décembre 2004, L 385, Annexe Clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel à partir de la Communauté vers des pays tiers (transferts de responsable du traitement à responsable du traitement), point V. En particulier, les points a) et b) du point V stipulent que « a) *En cas de litige ou de plainte introduite à l'encontre des parties ou de l'une d'entre elles par une personne concernée ou par l'autorité au sujet du traitement des données à caractère personnel, les parties s'informent mutuellement de ces litiges ou plaintes et coopèrent en vue de parvenir à un règlement à l'amiable dans les meilleurs délais. b) Les parties conviennent de répondre à toute procédure de médiation non contraignante généralement disponible mise en œuvre par une personne concernée ou par l'autorité. Si elles participent aux procédures, les parties peuvent choisir de le faire à distance (notamment par téléphone ou autres moyens électroniques). Les parties conviennent également d'examiner la possibilité de participer à toute autre procédure d'arbitrage, de médiation ou de règlement de litige mise en place pour les litiges relatifs à la protection des données.* » (94) Voir l'article 17, § 1^{er}, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE 16 janvier 2001, L 12. (95) Voir les articles 15 et 16 du règlement n° 44/2001. (96) Voir considérant 21 de la recommandation n° 98/257/CE de la Commission, précitée. (97) Voir partie II, n°s Erreur ! Source du renvoi introuvable. et s. (98) À titre informatif, le Comité économique et social européen s'oppose à l'intégration de la réglementation des clauses abusives dans la directive en projet, voir avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs », JOUE 23 déc. 2009, C 317, points 4.1.3 et 6. (99) Article 34 et annexe II de la nouvelle directive. (100) Article 35 et annexe III de la nouvelle directive. (101) Article 32, § 1^{er}, de la nouvelle directive. (102) Considérant 50 de la nouvelle directive. Originellement, la Commission souhaitait que les listes ne puissent être modifiées que par une procédure de comitologie visée aux articles 39 et 40 de la proposition. Des amendements ont toutefois été apportés par le Parlement en première lecture pour que les États retrouvent leur marge de manœuvre à cet égard (voir les amendements 179-180 et 184-185, P7_TA(2011)0116, 24 mars 2011 ; articles 34, § 2, et 35, § 2, de la nouvelle directive). Si le texte définitif va dans ce sens, les clauses que les États ajouteraient aux listes devraient alors être communiquées à la Commission qui serait chargée de les publier. (103) Annexe II, point c), de la nouvelle directive.

requis, sauf dans les cas d'amiable composition ou dans les hypothèses où l'arbitrage en question se voudrait – ou se produirait – en marge du cadre légal de droit commun encadrant l'arbitrage – parlerait-on alors encore d'arbitrage (104) ? Force est toutefois de relever qu'il pourrait en être fini de l'analyse *in concreto*, préconisée par la directive n° 93/13, pour évaluer les clauses d'arbitrage.

Dans le cadre de la nouvelle directive, deux possibilités existent par conséquent. Soit la clause d'arbitrage du cas d'espèce est visée par la liste noire, et elle est alors automatiquement abusive. Soit la clause d'arbitrage n'est pas visée par cette liste, et il incombe alors d'opérer l'analyse qui valait déjà sous l'empire de la directive n° 93/13, à savoir tester la clause au regard de la définition générale et résiduaire de la clause abusive.

15. Dans toutes les hypothèses, le droit national doit se positionner. En effet, la liste noire de la nouvelle directive, en ce qu'elle vise l'arbitrage, n'est pas assez précise. Ce qui est particulièrement regrettable eu égard à sa portée. Les États membres devront donc la traduire dans leur législation nationale ; ils gardent une marge de manœuvre que la Cour de justice réduira le cas échéant. Il y aura toutefois ici le risque de manquer l'objectif d'amélioration du fonctionnement du marché poursuivi à l'occasion de la nouvelle directive. On verra que le droit belge récemment modifié, à un moment où la proposition de directive relative aux droits des consommateurs existait déjà, n'a pas été retouché sur ce point. Bien entendu, si l'on considère que les textes laissent une place à l'arbitrage, toute clause d'arbitrage n'est évidemment pas pour autant nécessairement valable et il s'avérera fondamental, le cas échéant, de disposer d'éléments de réflexion pour déterminer, sous l'angle du critère général, le caractère abusif ou non d'une clause d'arbitrage.

2°/ Exigence d'équilibre entre les parties

16. La Cour de justice a été interrogée, à plusieurs reprises, par des juges nationaux évaluant le caractère abusif, ou ses conséquences, de clauses d'élection de *for* ou d'arbitrage. Cette jurisprudence porte bien entendu sur la directive n° 93/13. Dès lors que certaines considérations développées en matière de choix de *for* (étatique) sont transposables en matière d'arbitrage, il convient d'évoquer l'ensemble de cette jurisprudence. Les développements suivants en attestent : tout est question d'équilibre entre le consommateur et le professionnel.

Avant tout, l'affaire *Oceano Grupo* rappelle la philosophie de la protection offerte par la directive n° 93/13 (105), et adopte une interprétation téléologique. Cette philosophie n'est en rien modifiée par la nouvelle directive. La réglementation pallie le postulat d'« infériorité [du consommateur] à l'égard du professionnel », tant du point de vue du « pouvoir de négociation » que de celui du « niveau d'information », état conduisant ce consommateur à « adhérer » aux conditions préétablies par le professionnel, « sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (106). La Cour juge aussi, dans le contexte de la protection du consommateur en matière de compétence internationale (107), que cette partie est « réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée » (108). Par conséquent, via une intervention positive, extérieure aux parties au contrat (109), la directive n° 93/13 « tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers » (110). Il s'agit bien de veiller à l'équilibre des parties (111), comme le spécifie textuellement la définition du concept de clause abusive.

17. Le point 1, q), de l'annexe de la directive n° 93/13, cela a déjà été souligné,

n'invalide pas *in abstracto* le recours aux clauses d'élection de *for* ou d'arbitrage en matière de consommation. Et à moins que le droit interne ne prévoit une liste noire visant clairement les clauses d'arbitrage, il incombe au juge national de procéder à une analyse *in concreto*. En matière d'élection de *for*, la Cour a jugé qu'il lui appartenait de trancher en « *ten[ant] compte du fait* » qu'une « *clause contenue dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, peut être considérée comme abusive* » (112) (113) (nous soulignons). La Cour se prononce de la sorte dans le cas *Oceano Grupo*, en considérant que la clause litigieuse « *doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* » (nous soulignons) (114). Exceptionnellement en la matière (115), la Cour juge elle-même du caractère abusif d'une clause. La motivation de sa prise de position est qu'il s'agissait « *d'une clause à l'avantage exclusif du professionnel et sans contrepartie pour le consommateur, mettant en cause, quel que soit le type de contrat, l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits que la directive reconnaît au consommateur* » (116) (nous soulignons). Partant, il « *était donc possible de constater le caractère abusif de cette clause sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit national applicable au contrat* » (117).

La Cour donne des éléments d'explication de sa position aux juridictions nationales. Ces éléments n'ont rien de surprenant. Elle explique qu'une clause

(104) Peut-être dans une acception européenne autonome du concept mais probablement pas dans le droit national en cause. (105) Au sujet des philosophies des systèmes nationaux en vigueur avant la directive n° 93/13, voir Ebers M., Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13), précité, p. 395-397. (106) CJCE, 27 juin 2000 (*Oceano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sanchez Alcon Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Vinas Feliu*), aff. C-240/98 à C-244/98, Rec., 2000, p. I-04941. Adde, CJUE, arrêt *Ferenc Schneider*, précité, point 46. (107) Voir. not. à ce sujet Moïny J.-P. et De Groote B., « Cyberconsommation » et droit international privé, RDTI, n° 39, 2009, p. 5 et s. (108) CJCE (6^e ch.), 11 juillet 2002 (*Rudolf Gabriel*), aff. C-96/00, Rec., 2002, p. I-06367, point 39. Adde, CJCE, 19 janvier 1993 (*Shearson Lehmann Hutton Inc. c/ TVB*), aff. C-89/91, Rec., 1993, p. I-00139, point 18. (109) CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, point 26. (110) CJCE, arrêt *Centro Movil Milenium*, précité, point 36. Adde, CJUE, arrêt *Ferenc Schneider*, précité, point 47. (111) (112) Voir CJCE (4^e ch.), 4 juin 2009 (*Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*), aff. C-243/08, Rec., 2009, p. I-04713, point 44. (113) Tel qu'amendé par un vote partiel en première lecture par le Parlement européen, le projet de directive sur les droits des consommateurs prévoit que la clause qui confère « *à la juridiction compétente du lieu où le professionnel est domicilié la compétence exclusive pour tous les litiges découlant du contrat, à moins que la juridiction choisie ne soit également celle du lieu où le consommateur est domicilié* » est abusive en toutes circonstances, amendement 201, Annexe II, point c) bis, P7_TA(2011)0116, 24 mars 2011. (114) CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, point 24. (115) Voir les conclusions de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire *Centro Movil Milenium*, point 30. (116) CJCE, arrêt *Freiburger c/ Hofstetter*, précité, point 23. (117) Précité.

d'élection de *for* rend la comparution du consommateur plus difficile, tandis qu'elle facilite celle du professionnel (118). En effet, d'une part, tous les litiges découlant du contrat sont soumis à la compétence *exclusive* du *for* élu – pouvant être éloigné du domicile du consommateur –, et, lorsque les sommes en jeu sont d'un *montant limité*, les *frais* de comparution peuvent être *dissuasifs* et pousser le consommateur à se résigner et ne pas agir en justice (119). Tandis que, d'autre part, le professionnel peut *regrouper le contentieux* lié à son activité dans le *for* de son siège, et ainsi faciliter sa comparution et en diminuer le coût (120). Plus tard, la Cour consolidera cette jurisprudence, et cette fois réunie en Grande Chambre dans l'affaire *Ferenc Schneider*. Elle souligne alors que les mêmes considérations valent pour une clause élisant une juridiction n'étant ni celle du siège du professionnel, ni celle de la résidence du consommateur, mais toutefois à proximité du siège du professionnel « *tant sur le plan géographique que du point de vue des possibilités de transport* » (121).

Ces éléments, détaillant quelque peu l'équilibre qu'il convient d'établir entre les parties, sont à prendre en compte par le juge national dans son appréciation. Par exemple, on peut se demander si ce dernier ne pourrait pas considérer une clause d'élection de *for* comme valable si le professionnel s'engage à prendre en charge, jusqu'à l'issue du différend, l'ensemble des frais liés à la comparution du consommateur (les frais de déplacement, de logement, le cas échéant, de traduction, etc.), pour peu que sa demande ne soit pas frivole. Dans un tel cas, il existerait une contrepartie à la clause au profit du consommateur, et l'effectivité des droits garantis par la directive n° 93/13 ne serait pas nécessairement mise en péril. Toutefois en pratique, les professionnels n'offrent pas une telle possibilité aux consommateurs,

et il est probable qu'ils renonceraient à la centralisation de leur contentieux dans de telles conditions.

18. Les éléments précités sont évidemment pertinents lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère abusif ou non d'une clause d'*arbitrage*. De manière générale, les sentiments de la doctrine sont *a priori* partagés par rapport à la possibilité du recours à l'*arbitrage* en matière de consommation. Et chacun avance des éléments dignes de considération dans l'analyse de l'équilibre existant entre professionnel et consommateur. Certains s'attaquent au coût de l'*arbitrage* international et considèrent que le « *risque que recèle une telle clause est de conduire inéluctablement à un déni de justice* » (122), même si « *on ne voit pas pourquoi on devrait interdire aux consommateurs l'accès à la justice arbitrale (...) une fois le différend*

Grâce à la Convention de New York, la sentence arbitrale est un titre qui circule bien dans un contexte international, ce qui lui offre une valeur ajoutée indéniable par rapport au jugement d'une juridiction étatique.

né » (123). Toujours sous l'angle du coût, les consommateurs ne peuvent en effet pas avoir recours, dans le cadre de telles procédures, à l'aide juridique (124). En outre, d'autres pensent que la rémunération, dans les faits, des arbitres par les professionnels entacherait leur impartialité (125). Ils seraient favorables aux professionnels dès lors que ceux-ci les rémunèrent généralement. Par ailleurs, si l'*arbitrage* privait le consommateur du recours à une action collective, sans leur offrir son pendant en matière de justice

privée, il serait d'autant plus contestable. Pratiquement, le caractère on line de l'*arbitrage* pourrait être un désavantage en ce qu'il ne permettrait justement pas la présence physique des parties en litige (126).

Pourtant, certains verraient une « *aberration* » (127) à considérer la clause d'*arbitrage* comme abusive. On souligne que l'*arbitrage*, eu égard à l'internationalité des situations – et les coûts y liés – impliquant le web et la potentielle modicité des enjeux, pourrait parfois s'avérer être la « *seule solution viable et pratique* » (128) (129). L'*arbitrage* en ligne permettrait surtout aux parties de régler leurs différends à distance. Et il faut relever que « *les avantages reconnus à l'arbitrage comme mode alternatif à la justice étatique pour résoudre les litiges sont également recherchés par le droit de la consommation* » (130). Rapidité et caractère informel sont par exemple des traits augmentant l'attrait du consommateur pour l'*arbitrage*. Sur internet, la célérité d'une procédure est un avantage indéniable ; « *[o]ut there, in cyberspace, time passes quickly* » (131). La rapidité de la résolution des litiges, à laquelle peuvent s'attendre les parties en ligne, est également de nature à réduire le coût de la procédure (132). Dans ce contexte, l'*arbitrage* pourrait « *être le vecteur de la création d'une justice "paritaire" spécialisée dans le règlement des litiges entre professionnels et consommateurs* » (133). En outre, il faut le souligner, grâce à la Convention de New York (134), la sentence arbitrale est un titre qui circule bien dans un contexte international, ce qui lui offre une valeur ajoutée indéniable par rapport au jugement d'une juridiction étatique.

19. Bref, il y a des pour et des contre que d'autres ont déjà schématisés (135). Mais *a posteriori*, une analyse au cas par cas de la problématique, celle que le droit européen prescrit, met tout le monde

(118) CJCE, arrêt *Oceano Grupo*, précité, points 22-23. (119) Précité, point 22. (120) Précité, point 23. (121) CJUE, arrêt *Ferenc Schneider*, précité, points 52-54. (122) Heuzé V., note sous Cass. 1^{re} ch. civ., 21 mai 1997, Rev. crit. dr. internat. privé, 1998, p. 88. (123) Précité, p. 91. (124) Poissonnier G., La CJCE donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation, REDC, 2007/2008-1, p. 135. (125) Précité. (126) À ce propos, voir Farah Y., *Critical analysis of online dispute resolutions : the optimist, the realist and the bewildered*, Computer and Telecommunication Law Review, 2005, 11 (4), p. 124. (127) Gudin C.-E., L'*arbitrage* en matière de consommation dans l'espace judiciaire européen, RAE, 2005, p. 251. (128) Gautrais V., Benyekhlef K. et Trudel P., Les limites approuvées de l'*arbitrage* cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal, Revue juridique Thémis, 1999, n° 33, p. 559. L'*arbitrage* en ligne pourrait constituer un moyen moins onéreux d'appréhender le contentieux international, voir Farah Y., *Critical analysis of online dispute resolutions : the optimist, the realist and the bewildered*, précité, p. 123-124. Au Royaume-Uni, inversement, la modicité de l'enjeu du litige rend abusive une clause d'*arbitrage*, voir *infra*, note n° 157. (129) Quant aux enjeux modiques, on relèvera néanmoins l'intérêt, dans le contexte de la justice étatique, de procédures du type de celle établie par le règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, JOUE 31 juill. 2007, L 199. (130) Loquin E., L'*arbitrage* des litiges du droit de la consommation, in Vers un Code européen de la consommation, Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne, Osman F. (ss dir.), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 374. (131) Schultz T., *Online Arbitration : Binding or Non-Binding ?*, adr online Monthly, 2002, <www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html#_ftn1>, p. 6. (132) Schultz T., *Human rights : a speed bump for arbitral procedures ? An exploration of safeguards in the acceleration of justice*, précité p. 12. (133) Loquin E., L'*arbitrage* des litiges du droit de la consommation, précité, p. 381. (134) Voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York, le 6 juillet 1988. (135) Voir la synthèse du débat général réalisée par Sternlight J.R., In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company), Nevada Law Journal, 2007, 8, p. 83-84.

d'accord. Et tout le monde a raison. Tout dépend évidemment du contexte juridico-factuel en cause. L'arbitrage *in abstracto*, loin d'être consubstantiellement déséquilibré, offre la souplesse nécessaire à de nombreux compromis *in concreto*. Évidemment, il est également impérieux que « *companies ought not to be able to deprive "little guys" of the opportunity to litigate their disputes* » (136). Que le juge, voire le législateur national, procède à l'analyse. À cet égard, la nouvelle directive emporte un risque substantiel de rigidité préjudiciable si les États jugeaient que l'arbitrage de droit commun était intégralement compris dans l'annexe prohibant « *en toutes circonstances* » les clauses concernées. Il est vrai qu'ils pouvaient – et peuvent toujours – le décider de manière autonome. Ils sembleraient d'ailleurs interdire les clauses d'arbitrages – mais pas les compromis conclus une fois le différend né (137). Par ailleurs, il faut le concéder, soumettre la question à l'appréciation du juge est susceptible de créer une certaine insécurité juridique (138). Or c'est justement ce que la Commission a voulu éviter. Pourtant, il a déjà été défendu en doctrine qu'une analyse au cas par cas et son imprévisibilité consubstantielle pourraient s'avérer, en la matière, plus efficaces (139). Est-il d'ailleurs si complexe, en tout cas théoriquement, de créer un véritable « *level playing field* » que le juge acceptera dans l'exercice de son office ? Il y a indiscutablement place pour l'arbitrage lorsqu'il « *vise (...) à faciliter l'accès des consommateurs à la justice* » et, « *dans un but d'efficacité, remédi[e] à certains problèmes soulevés dans le cadre judiciaire, tels que les frais élevés, les délais longs et l'utilisation de procédures lourdes* » (140) (nous soulignons). L'arbitrage pourrait prendre avantage de l'utilisation des moyens modernes

de communication ; s'il s'agit de « *cybercontentieux* », que l'on recoure à un « *cybertribunal* » (141) ou à un applicatif *ad hoc* utilisable *via* internet. Toute la procédure peut être numérique ; « *imaginons un arbitrage où la demande et les écritures subséquentes sont notifiées par courrier électronique [ou via l'interface d'un service web], où les ordonnances de procédures et autres communications empruntent la même voie, où les témoins sont entendus par vidéoconférence, et où les audiences de procédures se tiennent sous forme de "chat"* » (142). *Via* de tels moyens, de nombreux coûts peuvent être réduits. Il suffit d'évoquer la possibilité d'utiliser des logiciels de messagerie – textuelle ou télévisuelle – instantanée (le cas échéant, libres), et de souligner l'absence de frais (déplacement, logement) liés à l'éloignement. On pense simplement à l'« *online dispute resolution* » (143), dans sa forme la plus contraignante, née d'une synergie entre modes alternatifs de règlement des différends et technologies de l'information et de la communication (144) : l'« *online arbitration* » (145). *In fine*, il est clair que la composante financière – rémunération des arbitres, etc. – causera des difficultés substantielles quant à la faisabilité concrète d'un tel projet (146), il faut le concéder, assez idyllique. Si le problème est plus pratique qu'il n'est théorique, il n'en demeure pas moins décisif. On soulignera aussi que, lorsqu'un service web ou du *cloud* est offert à tout utilisateur d'internet, l'obstacle linguistique demeure problématique, même s'il peut être commué en obstacle financier – frais de traduction. Le support des autorités publiques serait certainement bienvenu en la matière. Il n'empêche, le droit européen n'interdit pas de manière générale et systématique les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation ; il faut que l'arbitrage garantisse l'équilibre entre

les parties (147). Il importe à présent d'évoquer les droits nationaux, dont spécifiquement le droit belge, pour préciser l'analyse.

B. – Droit national

Avant de dresser l'état du droit belge en la matière (2°/), il est intéressant d'enrichir le propos de considérations de droit comparé (1°/), les droits étrangers traduisent des tendances diverses en la matière et/ou offrent des éléments d'analyses utiles. En quelques mots, les droits nationaux des États membres de l'Union européenne semblent interdire les clauses d'arbitrage, contrairement aux États-Unis où de telles clauses sont permises et ont déjà été validées – d'ailleurs dans le contexte de contrats conclus à distance. Il importe enfin de rappeler que les développements relatifs aux droits nationaux des États membres de l'Union européenne visent l'état du droit antérieur à la transposition de la nouvelle directive relative au droit des consommateurs.

1°/ Droits nationaux divers

20. Les États membres de l'Union européenne peuvent avoir des points de vue divergents sur la question de l'arbitrage en matière de consommation. La directive n° 93/13 le permet. T. Schultz écrivait toutefois que « *the fact is that one can currently assume that pre-dispute arbitration clauses excluding the professional and the consumer's right to take the disputes to court – thus bilaterally binding – are more likely to be held unenforceable than not in most European countries* » (148). La tendance serait donc plutôt de tolérer le compromis d'arbitrage et d'invalidier la clause d'arbitrage de manière générale. Ce qui apparaît plus exigeant que ce que prévoit la directive n° 93/13. On le verra, des considérations similaires se retrouvent en droit belge.

(136) Stemlight J.R., *In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company)*, précité, p. 82. (137) Voir *infra*, n° 0 et s. (138) Insécurité juridique qui n'est pas souhaitable en la matière, Fouchard P., *Clauses abusives en matière d'arbitrage*, précité, p. 149. Voir également en faveur, de manière générale, d'une liste noire en raison de considérations de sécurité juridique et son effet préventif, Ghestin J. et Marchessaux-Van Melle L., *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995*, JCP G. 1995, n° 25, p. 279. (139) Voir les développements de Schilling M., *Inequality of bargaining power versus market for lemons : Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive n° 93/13 on unfair contract terms*, *European Law Review*, 2008, p. 343. (140) Recommandation de la Commission n° 98/257/CE, précitée, 17^e considérant. (141) Voir justement le projet Cybertribunal II dirigé par Benykhlef K., <www.cybertribunal.org/odr/domain/cybertribunal2/secure/login.asp>. (142) Kaufmann-Kohler G., *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation, Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage*, *Rev. arb.*, 1998, p. 518. (143) Pour quelques illustrations d'organismes offrant de l'ODR (arbitrage ou médiation, etc.), voir Schultz T., *Online Arbitration : Binding or Non-Binding*, précité, note n° 3 ; Benykhlef K. et Gélinas F., *Online Dispute Resolution*, *LexElectronica*, vol. 10, n° 2, 2005, <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_87.pdf>, p. 98 ; projet Ecodir (*Electronic Consumer Dispute Resolution*), <www.ecodir.org/fr/about_us/index.htm> ; <<http://odr.info/node/32>>. (144) Voir Cortes Dieguez J.P., *A European legal perspective on consumer ODR*, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2009, p. 90-92. Pour une synthèse des différentes définitions et classifications d'ODR réalisées par la doctrine, voir Mann B.L., *Smoothing some wrinkles in online dispute resolution*, *International Journal of Law & Information Technology*, 2009, (17) 1, p. 90-97 ; McMahon R., *The online dispute resolution spectrum*, *Arbitration*, 2005, 71 (3), p. 218-227. (145) À ce sujet, voir Hörnle J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, *Cambridge University Press*, 2009, p. 82-86. (146) P. Cortes identifie trois aspects qui entravent l'extension des ODR : « *funding, due process (particularly impartiality) and attracting disputants to ODR* ». Cortes P., *Developing online dispute resolution for consumers in the EU : a proposal for the regulation of accredited providers*, précité, p. 7-11. (147) Le déséquilibre « significatif » étant sanctionné, on acceptera qu'il puisse exister un déséquilibre insignifiant entre les parties. (148) Schultz T., *Online Arbitration : Binding or Non-Binding*, précité, p. 2. À propos des droits nationaux, voir Ebers M., *Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13)*, précité, p. 423 et s.

21. Ailleurs, le droit français, par exemple, est explicite quant au sort de la clause d'arbitrage dans les contrats de consommation : l'article 2061 du Code civil français l'interdit (149). La Cour de cassation française n'applique toutefois pas cette disposition aux clauses compromissoires *internationales* conclues par un consommateur ; à savoir, lorsque l'arbitrage est international, c'est-à-dire s'il met en jeu les intérêts du commerce international (150). Dans ce cas, la clause est appliquée sous réserve de la mise en œuvre, par les arbitres, de l'ordre public international, sous le contrôle du juge de l'annulation. C.-E. Gudin voit d'ailleurs dans l'annexe de la directive n° 93/13 « *une reprise au plan communautaire des réserves que le droit interne de l'arbitrage français émet* » (151). Si la disposition précitée n'empêche *a priori* pas le compromis d'arbitrage, il n'en reste pas moins qu'elle traduit une certaine méfiance.

22. Le législateur espagnol, voisin, adopte une position plus favorable vis-à-vis de l'arbitrage en matière de consommation dans la mesure où il l'a institutionnalisé. Cet arbitrage est consacré dans la législation qui établit des instances arbitrales spécifiques – les « *juntas* » –, offrant ainsi aux consommateurs et professionnels un véritable « *système arbitral de consommation* » aux multiples vertus – économie, simplicité, équilibre entre les parties, efficacité, etc. (152) Toutefois, deux éléments importants doivent être signalés. D'une part, ce type d'arbitrage est *volontaire* et implique la participation de l'autorité publique (153). Mais il est « *unidirectionnel* », pour reprendre les

termes de J.L. Pérez-Serrabona González, en ce sens que l'arbitrage aura lieu à l'initiative du consommateur (154). Autrement dit, ce dernier choisira d'y recourir *une fois le différend né*. D'autre part, tous les litiges ne sont pas nécessairement « *arbitrables* » dans ce cadre (155). Il n'en demeure pas moins que le législateur s'est évertué à favoriser l'arbitrage en matière de consommation en le soutenant et surtout en l'encadrant spécifiquement (procédure de choix des arbitres et exigences quant à leurs qualités, fixation des prix, etc.). Une situation du même type que le cas espagnol existe également au Portugal (156).

23. Au Royaume-Uni, on relèvera qu'une clause d'arbitrage (obligatoire pour le consommateur, « *compulsory arbitration clause* ») est automatiquement abusive si elle porte sur un litige dont l'enjeu est modique (157), à savoir inférieur à 5 000 £ (2 000 £ en Irlande du Nord) (158). L'*Office of Fair Trading*

C'est hors de l'Union européenne, aux États-Unis, que l'on trouve des cas directement liés à l'« e-contentieux » et impliquant des clauses d'arbitrage, le cas échéant, valides.

considère que s'il est recouru à une clause d'arbitrage, elle ne devrait pas être obligatoire (159) (« *non-compulsory arbitration* » ou, en reprenant les termes de T. Schultz, « *unilaterally binding arbitration agreements, also called optional arbitration clauses* » (160)), et il exige régulièrement

des entreprises qu'elles suppriment de telles clauses ou spécifient qu'elles laissent la possibilité au consommateur de s'adresser à un Tribunal (161). La jurisprudence semble également considérer les clauses d'arbitrage liant les consommateurs comme abusives (162).

24. C'est hors de l'Union européenne, aux États-Unis, que l'on trouve des cas directement liés à l'« e-contentieux » et impliquant des clauses d'arbitrage, le cas échéant, valides. Il faut rappeler, même si c'est notoire, que de nombreux et puissants prestataires du web (Google, Facebook, eBay, PayPal, etc.) y sont principalement et originellement établis. En d'autres termes, ils sont imprégnés de la culture juridique américaine où est né internet. Par ailleurs aux États-Unis, « *l'arbitrage du droit de la consommation (...) est largement passé dans les mœurs* » (163), même si, initialement, le législateur fédéral a dû combattre, par une loi (164), les réticences jurisprudentielles à l'encontre de l'arbitrage. Aujourd'hui, la jurisprudence est plutôt favorable aux « *mandatory arbitration clauses* », tandis que la doctrine les critique (165). Certains se demandent ainsi dans quelle mesure le droit américain n'est pas susceptible d'évoluer dans un sens similaire au droit européen (166) ; « *American legislation to protect consumers and employees could take the European model as its starting point* » (167). Il en serait d'ailleurs ainsi si l'*Arbitration Fairness Act*, plusieurs fois proposé, était adopté. Il amenderait alors le *Federal Arbitration Act 1996* (FAA) en interdisant les « *predispute arbitration agreements* », notamment vis-à-vis des consommateurs (168). Une tendance

(149) « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* » (150) Loquin E., Organisation générale du commerce, Tribunaux de commerce et arbitrage (Chroniques), RTD com 2004, p. 447-450. Adde, Heuzé V., note sous Cass. 1^{re} civ.), 21 mai 1997, précité, p. 88 et s. Quant à la potentielle incidence de l'internationalité du litige en matière de droits de l'homme, voir *infra* partie II, n° Erreur ! Source du renvoi introuvable. et s. (151) Gudin C.-E., L'arbitrage en matière de consommation dans l'espace judiciaire européen, précité, 2005, p. 251. (152) Voir Pérez-Serrabona González J.L., Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne, REDC, 2002/3, p. 206-210. (153) Ainsi notamment, le président de la *junta* est un fonctionnaire public diplômé en droit (le collège arbitral comprend en outre trois arbitres, l'un représentant les consommateurs, l'autre le secteur des entreprises), voir Pérez-Serrabona González J.L., Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne, précité, p. 204. (154) Pérez-Serrabona González J.L., Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne, précité, p. 203. (155) Il en est ainsi des litiges portant sur « *les matières indissociablement liées à d'autres dans lesquelles les parties n'ont pas de pouvoir de disposition* », Pérez-Serrabona González J.L., Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne, précité, p. 202. (156) Voir Mendes Cabeçadas I., *The Development of Portuguese Consumer Law With Special Regard to Conflict Resolution*, *Journal of Consumer Policy*, n° 17, 1994, p. 116-120 ; Boucher M. (ss dir.), Labelle Y., avec la collaboration du Comité Protection du consommateur, L'arbitrage de consommation : un processus équitable et efficace ?, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'industrie Canada, Union des consommateurs, Montréal, juin 2009, <www.consommateur.qc.ca/union-des-consommateurs/docu/protec_conso/arbitrageF.pdf>, p. 56-59. (157) Voir *Arbitration Act 1996*, Part II, S. 91 (1), <www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/II/crossheading/consumer-arbitration-agreements>. (158) Office of Fair Trading, *Unfair standard terms*, OFT143, sept. 2008, <www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/unfair_contract_terms/of143.pdf>, annexe B, note de bas de page n° 11. (159) Office of Fair Trading, *Unfair contract terms guidance*, OFT311, sept. 2008, <www.of.gov.uk/shared_of/reports/unfair_contract_terms/of311.pdf>, p. 67, § 17.3. (160) Schultz T., *Online Arbitration : Binding or Non-Binding ?*, précité, p. 2. (161) Drahozal C.R. et Friel R.J., *A comparative view of consumer arbitration*, *Arbitration*, 2005, 71 (2), p. 135. (162) Voir not., à ce propos, Helps D. et Sheridan P., *Construction Act review (October)*, *Construction Law Journal*, 2005, 21(7), p. 521-538 ; Dundas H.R., *Recent developments, in English arbitration law : arbitrations involving consumers, whether to hold a hearing, enforcement of foreign awards and a postscript*, *Arbitration*, 2009, 75(1), p. 115-125. (163) Loquin E., L'arbitrage des litiges du droit de la consommation, précité, p. 378. (164) Le *Federal Arbitration Act*, promulgué en 1925 (US Code, Title 9, Section 1 et s.). (165) Voir Sternlight J.R., *Is the US out on a limb ? Comparing the US approach to mandatory consumer and employment arbitration to that of the rest of the world*, précité, p. 832-843. (166) Voir Drahozal C.R. et Friel R.J., *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, précité, p. 392-393. Les auteurs soulignent également que, comparativement à la situation européenne, les spécificités du système juridique américain (recours aux jurys, « *class actions* » et « *punitive damages* ») conduisent les entreprises à réaliser une pression politique plus forte en faveur de l'arbitrage en matière de consommation. (167) Park W.W., *Amending the federal arbitration act*, *Report*, précité, p. 132. (168) Un tel acte a été proposé à plusieurs reprises. J.R. Sternlight évoque la proposition de 2007, voir Sternlight J.R., *In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company)*, précité, p. 84 ; <http://fnwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=110_cong_bills&docid=f:s1782is.txt.pdf>. L'amendement a également été introduit à plusieurs reprises devant la Chambre des représentants et le Sénat en 2009 (voir <www.thomas.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.1020>, et 2011 (voir <http://washlabonwire.com/2011/05/18/the-arbitration-fairness-act-of-2011-s-987-hr-1873/>).

législative inverse s'observerait : face à une interprétation trop libérale par la Cour suprême du FAA et de sa portée, il conviendrait d'amender ce dernier qui n'a pas été rédigé dans le but de régir les relations entre professionnels et consommateurs. À terme, le droit américain serait donc susceptible d'interdire plus systématiquement les clauses d'arbitrage liant les consommateurs, tout comme une certaine lecture de la nouvelle directive européenne relative aux droits des consommateurs le commande.

Quoi qu'il en soit, *de lege lata*, aux États-Unis, la clause d'arbitrage a pu et peut être insérée dans le contrat d'adhésion conclu avec le consommateur, sous réserve d'être sanctionnée par le juge, sur la base du *common law*, notamment lorsqu'elle est « *unconscionable* ». En application de la doctrine de l'« *unconscionability* » (169), directement liée au propos, le juge peut refuser l'« *enforcement* » d'une clause d'arbitrage. Quatre éléments d'analyse, pertinents pour les besoins de la réflexion, se dégagent de la jurisprudence américaine étudiée dans la suite du propos : le coût de l'arbitrage, son lieu, la réciprocité des moyens de recours et la confidentialité potentielle de l'arbitrage. Ces éléments sont pris en considération dans l'analyse du caractère « *unconscionable* » ou non des clauses d'arbitrage. En Europe, ils peuvent directement contribuer à l'évaluation de l'équilibre qui existe entre les parties. Le coût de l'arbitrage a déjà été un facteur décisif de sanction d'une clause l'imposant. Tel fut le cas dans *Brower c/ Gateway 2000* (170), où la Cour suprême de l'État de New York considéra la clause en question comme *unconscionable* spécifiquement en raison des frais liés à l'arbitrage (171). Ce dernier

devait avoir lieu selon les règles de l'*International Chamber of Commerce* (ICC). Selon celles-ci, lorsque l'enjeu du litige était inférieur à 50 000 \$, une avance de frais de 4 000 \$ – montant supérieur à l'ordinateur acheté à distance en l'espace – était due, dont 2 000 \$ ne pourraient pas être remboursés au consommateur, même en cas de victoire. Les demandeurs invoquaient aussi les frais de déplacement qu'ils devraient supporter – évalués par eux à 1 000 \$. La Cour releva néanmoins que, dans une autre affaire impliquant *Gateway 2000*, une autre juridiction avait accepté qu'il soit recouru à l'arbitrage conformément aux règles de l'*American Arbitration Association* (AAA) (172). L'arbitrage ICC fut encore critiqué quant à son coût dans l'affaire *Bragg c/ Linden Research* (173) impliquant le réseau social *SecondLife* (174). Son coût, supérieur à ce que coûterait l'introduction d'une action judiciaire, constitua une des considérations qui conduisirent la Cour à déclarer la clause pertinente « *unconscionable* ». Dans *Comb c/ PayPal* (175), en matière de transactions en ligne, où il fut cette fois renvoyé à l'arbitrage commercial de l'AAA (176), une Cour jugea que « [b]y allowing for prohibitive arbitration fees and precluding joinder of claims (which would make each individual customer's participation in arbitration more economical), PayPal appears to be attempting to insulate itself contractually from any meaningful challenge to its alleged practices. Under these circumstances, the Court concludes that this aspect of the arbitration clause is so harsh as to be substantively unconscionable » – les plaintes individuelles ne dépassant pas 310 \$. Le juge américain, comme le serait le juge européen, est sensible à l'obstacle que

peut constituer, pour un consommateur, le coût d'un arbitrage.

Très naturellement, le lieu de l'arbitrage – « *venue* » – entre également en ligne de compte. Dans *Comb c/ PayPal*, la Cour recommande d'apprécier les circonstances respectives dans lesquelles se trouvent les parties. Elle souligne ainsi que PayPal a des millions de clients au travers des États-Unis et que le montant moyen des transactions effectuées *via* son service est de 55 \$. Elle juge alors que « *PayPal cites no California authority holding that it is reasonable for individual consumers from throughout the country to travel to one locale to arbitrate claims involving such minimal sums* ». Et que « *[l]imiting venue to PayPal's backyard appears to be yet one more means by which the arbitration clause serves to shield PayPal from liability instead of providing a neutral forum in which to arbitrate disputes* ». Ce raisonnement, repris dans *Bragg c/ Linden Research*, fait ainsi prévaloir l'intérêt du consommateur dès lors que les montants en jeu sont faibles et que le professionnel commerce délibérément globalement. À l'opposé toutefois, dans l'affaire *RealNetworks* (177), mettant en cause un problème de « *privacy* » lié notamment au lecteur multimédia *RealPlayer* gratuitement téléchargeable sur internet, la Cour saisie ne juge pas pertinent ce critère de rayon d'action de l'entreprise quant à l'« *unconscionability* » (178), et les plaignants sont renvoyés à l'arbitrage.

Le manque de « *réciprocité dans les moyens de résolution des différends* » – « *mutuality of remedies* » – est également pris en compte. Il se présente lorsque la partie la plus forte se réserve plus de moyens de résoudre un litige,

(169) Voir à ce sujet Moyni J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée*, Quelques réflexions en droits belge et américain, précité, p. 172-175. Retenons synthétiquement que l'« *unconscionability* » comporte deux branches, la « *procedural unconscionability* » et la « *substantive unconscionability* ». Selon les États, un contrat est automatiquement « *procedurally unconscionable* » s'il est d'adhésion (par ex. le droit californien). L'élément de « *substantive unconscionability* » renvoie quant à lui à la situation de déséquilibre manifeste – un résultat « *overly harsh* » ou « *one-sided* » – résultant de l'exploitation par une partie de sa position supérieure. Les développements concernant en substance ce second élément. (170) *Supreme Court of the State of New York, 1st Department*, 17 août 1998, *Brower, et al., Levy, et al. c/ Gateway 2000 Inc. et al.*, <www.intemetlibrary.com/pdf/Brower-Gateway-2000.pdf>. (171) « *We do find, however, that the excessive cost factor that is necessarily entailed in arbitrating before the ICC is unreasonable and surely serves to deter the individual consumer from invoking the process (see, Matter of Teleserve Systems, 230 AD2d 585, 594, lv denied __NY2d__, 1997 NY App Div LEXIS 10626). Barred from resorting to the courts by the arbitration clause in the first instance, the designation of a financially prohibitive forum effectively bars consumers from this forum as well.* » (172) C'est probablement également ces dernières qui étaient en cause dans *Hill c/ Gateway 2000* où les acheteurs en cause furent réputés avoir consenti à la clause d'arbitrage sans que soit discuté le caractère « *unconscionable* » de celle-ci, voir *US Court of Appeals for the Seventh Circuit*, 6 janv. 1997, *Rich Hill and Enza Hill c/ Gateway 2000 Inc.*, <http://law.scu.edu/facwebpage/neustadter/contractsebook/main/cases/Gateway.html>. Pour un autre cas, impliquant la vente d'ordinateurs en ligne, où une clause d'arbitrage a été entérinée, voir *Appellate Court of Illinois, First District*, 12 août 2005, *Dewayne Hubbert et al. c/ Dell Corporation*, <www.intemetlibrary.com/pdf/Hubbert-Dell.pdf>. (173) *US District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, 30 mai 2007, *Marc Bragg c/ Linden Research Inc., et Philip Rosedale*, <www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0658P.pdf>. (174) Au sujet des règles applicables « *[t]he court's own estimates place the amount that Bragg would likely have to advance at \$ 8,625, but they could reach as high as \$ 13,687.50. Any of these figures are significantly greater than the costs that Bragg bears by filing his action in a state or federal court. Accordingly, the arbitration costs and feesplitting scheme together also support a finding of unconscionability* », *Bragg c/ Linden Research*, précité, p. 37. (175) *US District Court for the Northern District of California*, 30 août 2002, *Craig Comb et Roberta Toher, Jeffrey Resnick, c/ PayPal Inc.*, <http://pub.bna.com/edrl/021227.htm>. (176) Dans le cadre d'un arbitrage AAA, des règles spécifiques en matière de litiges impliquant des consommateurs existent, voir <www.adr.org/consumer_arbitration>. (177) *US District Court for the Northern District of Illinois*, 8 mai 2000, *In re RealNetworks Inc., Privacy Litigation*, <www.intemetlibrary.com/pdf/In-re-RealNetworks-N.D.-Ill.-May-8-2000.pdf>. (178) « *The designation of any state as a forum is bound to be distant to some potential litigants of a corporation that has a nationwide reach. Intervenor would have the Court essentially preclude arbitration agreements from having any forum selection clause in order to prevent the designation of a distant forum to any of these litigants. This Court is not willing to do so. Arbitration provisions containing forum selection clauses have previously been upheld (...). Thus, that Washington is a distant arbitration forum for some does not render the arbitration clause substantively unconscionable.* »

contraignant contractuellement la partie la plus faible au seul recours à l'arbitrage. Tel fut le cas dans *Comb c/ PayPal*, où PayPal, à sa seule discrétion, avait la possibilité de restreindre les comptes des utilisateurs, de les fermer, de geler des fonds, de mener sa propre enquête, de modifier unilatéralement le « *User Agreement* » et de s'octroyer la propriété des fonds jusqu'à ce que son client soit ultérieurement jugé comme y ayant droit. En d'autres termes, PayPal disposait de moyens contractuels spécifiques lui permettant de résoudre les litiges. Alors que les utilisateurs ne pouvaient pas en bénéficier. La décision *Bragg c/ Linden Research* s'appuie directement sur ces éléments pour aboutir à la même conclusion en mettant en évidence que Bragg a lui aussi la possibilité, à sa seule discrétion, de mettre un terme à tout compte, de refuser l'utilisation du service, de retenir les fonds litigieux, d'amender l'accord, etc.

Enfin, la jurisprudence américaine peut invoquer la confidentialité de l'arbitrage à l'appui de la thèse de l'« *unconscionability* ». Ainsi dans *Bragg c/ Linden Research*, la Cour relève à juste titre que « *if the company succeeds in imposing a gag order on arbitration proceedings, it places itself in a far superior legal posture by ensuring that none of its potential opponents have access to precedent while, at the same time, the company accumulates a wealth of knowledge on how to negotiate the terms of its own unilaterally crafted contract* ».

En synthèse, dans les cas cités, à part *Brower c/ Gateway 2000*, c'est une combinaison de deux ou plusieurs des éléments précédents qui conduisent à un constat d'« *unconscionability* ». La tentative d'immunisation contentieuse et/ou le déséquilibre entre les moyens de recours sont sanctionnés. La jurisprudence empêche le professionnel de

limiter sa responsabilité en étranglant les voies de recours du consommateur. De manière générale, c'est ainsi également une attitude « *en dépit de la bonne foi* » qui est prohibée, comme dans la directive n° 93/13. On ne peut manquer de souligner ici les similitudes existant entre droit européen et droit américain.

Enfin à titre illustratif, il peut être renvoyé à une clause « *d'arbitrage* » (179) équilibrée présente dans un contrat conclu, aux États-Unis, entre un consommateur et un prestataire de services de téléphonie mobile – AT&T –, récemment mise en cause devant la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *AT&T c/ Conception* (180). La Cour suprême a validé cette clause en annulant la décision de la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* (181) qui l'avait considérée comme « *unconscionable* » car elle entraînait, pour les consommateurs, renonciation à la possibilité d'introduire l'équivalent d'une « *class action* » devant les arbitres – « *classwide arbitration waiver* » (182).

L'existence d'un pendant aux « *class actions* » en matière d'arbitrage est un argument de poids pour accepter l'arbitrage en matière de consommation.

Il aurait été intéressant d'étudier dans quelle mesure, aux États-Unis, la possibilité d'une « *class arbitration* » ne jouerait pas un rôle décisif dans l'équilibre existant en matière de protection des consommateurs. En effet, l'existence d'un pendant aux « *class actions* » en matière d'arbitrage est un argument de poids pour accepter l'arbitrage en matière de consommation.

Il convient désormais de s'intéresser de plus près au droit belge.

2°/ Droit belge

25. En droit belge, la section 6 du chapitre 3 de la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (LPMPC) (183), remplaçant l'ancienne loi sur les pratiques du commerce (LPC) (184), et le chapitre III de la loi relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (LPL) (185) interdisent les clauses abusives. Un contrat conclu entre une entreprise et un consommateur ne peut contenir de clause créant, seule ou combinée à d'autres, un « *déséquilibre manifeste* » entre les droits et obligations des parties – notion légale dont la Cour de cassation connaîtra le cas échéant (186) –, peu importe que la clause ait été ou pas négociée individuellement ou standardisée. Le déséquilibre devant être manifeste, le contrôle du juge est marginal (187). Par ailleurs, si l'exigence de bonne foi n'est pas reprise de manière explicite, qu'importe, le droit belge n'empêche pas que l'on s'y réfère, et il prescrit l'évaluation des contextes précontractuels et contractuels conformément à la directive n° 93/13 (188).

L'article 74 de la LPMPC contient une liste noire de clauses réputées abusives en toutes circonstances. Le point 1, q), de l'annexe de la directive n° 93/13 n'y est pas repris explicitement, une clause d'arbitrage devant alors être évaluée en fonction de la définition générale de la clause abusive. La LPL reprend en revanche à la lettre – *mutatis mutandis* –, le texte de l'annexe de la directive (189).

26. On peut se demander si l'attitude du droit belge face à la clause d'élection de *for* est transposable à la matière de l'arbitrage. En effet, la LPMPC interdit l'élection de *for* dérogeant aux critères traditionnels de compétence territoriale interne des juridictions belges (190).

(179) Le terme est entre guillemets car il faut relever que la clause en question n'était pas contraignante pour les demandes de 10 000 \$ ou moins. En effet, en cas d'une telle demande, chaque partie pouvait saisir une « *small claim court* » plutôt que de recourir à l'arbitrage. (180) *Supreme Court of the United States*, 27 avr. 2011, *AT&T Mobility LLC c/ Conception*, <www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>. La clause était rédigée comme suit : « [i]n the event the parties proceed to arbitration, the agreement specifies that AT&T must pay all costs for non frivolous claims ; that arbitration must take place in the county in which the customer is billed ; that, for claims of \$ 10,000 or less, the customer may choose whether the arbitration proceeds in person, by telephone, or based only on submissions ; that either party may bring a claim in small claims court in lieu of arbitration ; and that the arbitrator may award any form of individual relief, including injunctions and presumably punitive damages. The agreement, moreover, denies AT&T any ability to seek reimbursement of its attorney's fees, and, in the event that a customer receives an arbitration award greater than AT&T's last written settlement offer, requires AT&T to pay a \$ 7,500 minimum recovery and twice the amount of the claimant's attorney's fees » (nous soulignons). (181) Dont la juridiction comporte notamment la Californie. (182) L'opinion des quatre juges dissidents, à laquelle il est renvoyé, est toutefois plus convaincante. (183) Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, MB, 12 avril 2010. (184) Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, MB, 29 août 1991. (185) Loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, MB, 20 novembre 2002. (186) Voir Cass. 1^{re} ch., 12 oct. 2007, RCJB, p. 527, note Kirkpatrick J. (187) Voir Swaenepoel E., Stijns S. et Wéry P., *Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives*, précité, p. 168 et les références citées par les auteurs. (188) La bonne foi n'étant pas reprise comme critère spécifique, elle ne jouera qu'un rôle complémentaire dans l'analyse. Voir l'article 73, alinéa 1^{er}, de la LPMPC ; *supra*, note n° 71 ; Swaenepoel E., Stijns S. et Wéry P., *Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives*, précité, p. 168 ; Cambie P., *Onrechtmatige bedingen*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 154. (189) Voir point 1, q), de l'annexe à la LPL. Dans ce contexte par ailleurs, la clause demeure nulle même lorsqu'elle a été négociée. (190) Au sujet des clauses attributives de compétence dans le cadre de l'interdiction des clauses abusives, voir Cambie P., *Onrechtmatige bedingen*, précité, p. 332-338.

C'est en ce sens que peuvent être interprétés les articles 74, 23°, de la LPMP (191) et 30, 20°, de l'ancienne LPC. La Cour d'appel de Mons a déjà jugé que cette dernière disposition, sans viser les clauses d'arbitrage, avait pour but « *d'éviter de réserver au demandeur [l'entreprise] un avantage procédural en forçant la comparution "sur son terrain", ce qui créerait un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties* » (192). On n'hésitera pas à prendre cet élément en compte dans l'analyse du caractère abusif ou non d'une clause d'arbitrage. Et on liera cette décision à l'affaire *Comb c/ PayPal* étudiée précédemment, où il s'agissait d'attirer les consommateurs dans le « *backyard* » de PayPal.

Cette prise de position de la Cour d'appel de Mons est compatible avec les avis de la Commission des clauses abusives en matière de clauses d'élection de *for*. Cette Commission « *fait remarquer que les clauses qui déclarent systématiquement compétent un Tribunal déterminé, quel que soit le lieu de la conclusion du contrat ou de son exécution, peuvent être interprétées comme une élection de domicile* », clauses qui sont alors contraires à l'article précité de la LPC lorsque aucun des critères de rattachement prévus par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire (193) ne s'applique (194).

On relèvera également qu'une décision de la Cour d'appel de Liège, à rapprocher des décisions américaines *Comb*

c/ PayPal et *Bragg c/ Linden Research*, a sanctionné une clause d'élection de *for* en application de l'article 31 de la LPC – critère général de la clause abusive – en raison de l'octroi à une banque de la possibilité de choisir un Tribunal parmi ceux compétents en vertu du droit commun, outre la possibilité de saisir le *for* du siège de la banque, alors que ses clients étaient tenus de s'adresser à ce dernier (195). La Cour illustre ici une situation de déséquilibre entre les droits du consommateur et ceux du professionnel. Une analyse, comme s'y exerce la Cour d'appel de Liège, de la clause d'élection de *for* sous l'angle de la définition générale de la clause abusive offrirait un peu plus de souplesse, malgré la jurisprudence de la Cour de justice, et permettrait, le cas échéant, de sauver certaines clauses (196). Ainsi la LPL qui, comme explicité précédemment, reprend le texte de l'annexe à la directive n° 93/13, laisserait cette marge.

Quoi qu'il en soit, la disposition étudiée (article 74, 23°, de la LPMP) – dans ses nouvelles (LPMP) et ancienne (LPC) mutations – ne met pas en cause la possibilité du recours à l'arbitrage, seul objet de la présente réflexion. Originellement, par la LPC, le législateur n'avait pas la volonté de considérer comme illicite l'arbitrage en matière de consommation (197). Rien n'indique qu'il ait changé de position, même si les deux types de clauses peuvent partager certaines tares.

27. *Quid* alors du recours à l'arbitrage en matière de consommation ? On pense à une instance d'arbitrage spécifique et paritaire qui existe en Belgique en matière de voyages (198) : la Commission litiges voyages (CLV). Son objectif est de trancher les différends opposant les voyageurs et les intermédiaires de voyage. Sa compétence, lorsqu'il y est fait référence dans le contrat de voyage, n'est toutefois jamais obligatoire *pour le voyageur* dans la mesure où il peut, le différend né, refuser l'arbitrage demandé par le professionnel (199). Il le fera toutefois selon les modalités contractuelles imposées par les autorités et reprises dans les contrats types à propos du règlement des litiges. Le droit belge se situe ici dans la tendance européenne qui consisterait à limiter le recours à l'arbitrage une fois le différend né. Cela n'a pas toujours été le cas. La réglementation et les conditions générales de la CLV ont en effet évolué, et originellement, une véritable clause – convention – d'arbitrage était prévue (200). Ce qui importe dans la suite des développements, notamment liés à l'arbitrage de la CLV, est de déterminer si le juge belge considère ou pas comme abusive une clause d'arbitrage liant un consommateur.

28. La Cour d'appel de Mons, sous l'empire des anciennes conditions générales de la CLV, a déjà décliné sa juridiction au profit de la CLV, en n'hésitant pas à juger, sous l'angle de la LPC, que « *pa-reille clause* [d'arbitrage], favorable au

(191) Selon l'article 74, 23°, de la LPMP, sont abusives les clauses ayant pour objet de « *permettre à l'entreprise, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1°, 2° et 4°, du Code judiciaire, sans préjudice de l'application du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* ». (192) Mons (1^{re} ch.), 6 juin 2000, JT, 2001, p. 474. (193) Selon cette disposition : « [h]ormis les cas où la loi détermine expressément le juge compétent pour connaître de la demande, celle-ci peut, aux choix du demandeur, être portée : 1° devant le juge du domicile du défendeur ou d'un des défendeurs ; 2° devant le juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées ; (...) 4° devant le juge du lieu où l'huissier de justice a parlé à la personne du défendeur si celui-ci ni, le cas échéant, aucun des défendeurs n'a domicile en Belgique ou à l'étranger ». (194) CCA, n° 9, avis du 11 juin 2002 sur les conditions générales pour les abonnements de téléphonie mobile, titre 2, sous-titre 3, point j). *Adde* CCA, n° 5, recommandation du 12 mai 1998 concernant les conditions générales de vente dans le secteur du meuble, point 7 ; CCA, n° 17, avis du 1^{er} juin 2005 sur les conditions générales des contrats de location des véhicules automobiles, point 8 ; CCA, n° 23, avis du 19 décembre 2007 sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateur, titre B, point 6 ; CCA, n° 24, avis du 25 juin 2008 sur les conditions générales dans le secteur de la télédistribution, titre XI, point 1. Tous ces avis sont publiés dans Ponet B. (Éd.), *Commission des clauses abusives, Présentation, activités et législation*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 49-186. (195) Liège (12^e ch.), 26 janvier 2007, DCCR, 2008, n° 78, p. 84, note Van den Steen L. Dans ce cas, il y a un déséquilibre entre les droits de la banque et ceux du client qui ne dispose pas de la même alternative que celle-ci ; il y a un manque de réciprocité dans les moyens de recours. (196) Voir *supra*, n° 0, al. 2, *in fine*. On concevrait aussi qu'une distinction puisse être réalisée entre clause d'élection de domicile et clause d'élection de *for*, même si, dans les faits, leur résultat est identique, dans la mesure où la seconde est explicite, tandis que la première contraint le consommateur de manière détournée. (197) Voir sur ce point, Piers M., note sous JP Anvers (2^e canton), 4 octobre 2007, JJP, 2009, p. 235. E. Balate considère que l'article 30.20 de la LPC – ce qui vaudrait toujours dans le cadre de la LPMP –, a pour conséquence que « *toute clause d'arbitrage est abusive* », le recours « *au judiciaire* » étant un « *minimum incontournable* ». Il admet toutefois que ces conclusions sont trop radicales et qu'il conviendrait de mettre en chantier une nouvelle lecture de la disposition. Balate E., *Le traitement des litiges et le Fonds de garantie*, in *Rapports actualisés et annexes complémentaires de la journée d'étude du 28 avril 1994*, De Coninck H., Straetmans G. et Stuyck J. (Éds), Bruxelles, Commissions de litiges voyages a.s.b.l., 1994, p. 92. (198) Existent également une Commission de litiges meubles (voir <http://economie.fgov.be/fr/litiges/litiges_consommation/Belmed/quoi/possibilites_reglement_alternatif/arbitrage/com_litiges_meubles/>) et une Commission d'arbitrage consommateurs – Secteur de l'entretien du textile (voir <http://economie.fgov.be/fr/litiges/litiges_consommation/Belmed/quoi/possibilites_reglement_alternatif/arbitrage/cacet/>). (199) Voir l'article 6 du Règlement des litiges, mars 2010, <http://economie.fgov.be/fr/modules/publications/general/disputes_voyages_fr_001.jsp>. Lorsque les montants revendiqués sont inférieurs à 1 250 €, le voyageur peut refuser l'arbitrage. S'ils sont égaux ou supérieurs à cette somme, le professionnel a également le droit de refuser l'arbitrage. Les conditions générales de la Commission de litiges voyages renvoie, en leur article 18, à cette procédure d'arbitrage. Les textes sont disponibles sur <http://economie.fgov.be/fr/consommateurs/Voyages/Commission_Litige/Competences_Litiges/>. En vertu de cette disposition, si « *aucune procédure de conciliation n'a été entamée ou si celle-ci a échoué, la partie plaignante a en principe le choix entre une procédure devant le tribunal ordinaire ou une procédure d'arbitrage devant la Commission de litiges voyages* » (nous soulignons). Le roi n'a pas rendu obligatoires ces conditions générales en application de l'article 39 de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, MB, 1^{er} avril 1994. (200) Voir à ce sujet, Speybrouck J., note sous JP Gand, 9 mars 1998, DCCR, 1999, p. 67 ; Piers M. et Verbiest H., *Recente vernietigingen van arbitrale uitspraken van de Geschillencommissie Reizen : een analyse*, DCCR, 2005, p. 5-6 ; Piers M., note sous JP Anvers (2^e canton), 4 octobre 2007, précité, p. 239. On relèvera toutefois que la juridiction étatique n'est compétente que lorsque la partie qui le souhaite a refusé la demande d'arbitrage conformément au règlement de la Commission litiges voyages (à savoir, dans un certain délai, etc.). En d'autres termes, l'arbitrage doit avoir lieu si le voyageur ne respecte pas les modalités encadrant son refus.

consommateur, *ne p[ouvai]t être considérée comme abusive* » (201) (nous soulignons). En appliquant la définition générique de la clause abusive, la Cour avait estimé que les « *droits et obligations des parties sont les mêmes : se rendre devant la commission* ». Il était également demandé à la Cour de se prononcer sous l'angle de la directive n° 93/13 directement. Les directives ne disposant pas d'effet direct horizontal et les conditions générales de la CLV n'ayant pas été rendues obligatoires par le roi, la Cour releva qu'il suffisait que la clause litigieuse respecte les conditions de validités de droit commun établies dans les articles 1676 et s. du Code judiciaire (C. jud.). Ce qui était, selon elle, le cas. En 1999, le juge de paix de Hasselt s'était également déclaré sans juridiction, validant le consentement à la clause d'arbitrage *via* les conditions générales de la CLV (202).

29. Quelques jours avant la décision précitée du juge de paix de Hasselt, la justice de paix de Gand déclara en revanche nulle la clause d'arbitrage octroyant compétence exclusive à la CLV, notamment sous l'angle de l'article 1678, § 1^{er}, du Code judiciaire (203) (204). En appelant dans son analyse les articles 6 et 13 CEDH et le point 1, q), de l'annexe à la directive n° 93/13, le juge décida que le consommateur, qui n'avait de pouvoir ni quant au choix des arbitres, ni quant à la manière dont le différend serait traité, se situait dans une position d'infériorité telle que celle visée à l'article 1678, § 1^{er}, du Code judiciaire (205). Ces éléments relatifs à l'arbitrage étaient fixés dans les règlements et décisions de la CLV. Or le professionnel intermédiaire de voyages, selon la décision étudiée, pouvait influencer la désignation des arbitres, fût-ce de manière indirecte, par l'intermédiaire de son organisation professionnelle, membre constitutif de la Commission. Cette présence des organisations professionnelles a aussi été contestée, en vain, sous l'angle de l'impartialité de la CLV, devant le juge de paix de Hasselt qui avait considéré que la CLV n'était pas une

émanation de ces organisations (206). Sans entrer dans le débat relatif au fonctionnement de la CLV – les intérêts du consommateur n'y sont-ils pas représentés, quant à la désignation des arbitres, par l'association Test-Achats ? –, le juge de paix pointe un élément fondamental d'équilibre entre les parties – d'ailleurs exigé par le droit commun en toutes hypothèses d'arbitrage : leur égalité dans la désignation des arbitres.

30. Plus récemment, un juge de paix d'Anvers (207) a envisagé la problématique, sans traiter des clauses abusives, sous l'angle du consentement. Il considéra que, « *in casu* », la Commission litiges voyages n'avait pas de compétence exclusive et que le voyageur/consommateur pouvait toujours s'adresser à son juge naturel – les faits sont postérieurs aux modifications de la réglementation de la CLV. Plus fondamentalement, le

En l'espèce, plutôt que d'analyser l'éventuel caractère abusif de la clause, le juge de paix se fonde sur la qualité de la partie et le caractère « à prendre ou à laisser » du contrat, en jugeant que le consentement du voyageur est vicié.

juge souligna « *qu'on avait aussi clairement affaire ici à un contrat d'adhésion, par lequel les demandeurs en tant que personnes économiquement faibles se sont forcées de conclure de telle sorte qu'il ne peut être question, dans leur chef, d'un consentement valable à la clause d'arbitrage* » (traduction réalisée par nous) (208) (209). Les motifs de la décision intéressent particulièrement le propos. Contrairement aux décisions précitées de la Cour d'appel de Mons et du juge de paix de Hasselt, le consentement du consommateur est considéré comme *vicié en droit commun* car non libre. *Quid* alors des autres conditions contractuelles qui

ne satisferaient pas/plus le consommateur ? La protection du consommateur contre les clauses abusives a justement pour objectif de rétablir l'égalité entre consommateurs et professionnels là où celle-ci ferait défaut, en particulier quant aux conditions contractuelles insensibles aux lois du marché. Conditions auxquelles le consommateur, généralement, adhère. Et « *[t]here is no real market in non-core contractual terms* » (210). La protection est le fruit de l'interventionnisme étatique, conscient de la pratique permanente des contrats d'adhésion *autorisée par le droit commun* probablement depuis la révolution industrielle, contre la loi privée d'une des parties, en l'occurrence celle du professionnel, limitant de la sorte la tolérance de ce droit commun. Elle pallie la faiblesse – présumée – inhérente au statut de consommateur. Aussi, elle limite les risques que le consommateur moyen, peu attentif aux clauses contractuelles (211), accepte par son consentement global à l'affaire (212). À part en ce qui concerne la définition de l'objet du contrat et l'adéquation prix/service (213). On comprend facilement que ces derniers éléments soient exclus de l'analyse puisqu'ils font l'objet – voire l'unique objet – de l'attention du consommateur. L'utilisation de conditions générales facilite la conclusion des transactions pour tout le monde ; on gagne du temps, mais pas à n'importe quel prix. Le législateur a défini, quant au fond du contrat, le périmètre de liberté des parties. Or en l'espèce, plutôt que d'analyser l'éventuel caractère abusif de la clause, le juge de paix se fonde sur la qualité de la partie et le caractère « à prendre ou à laisser » du contrat, en jugeant que le consentement du voyageur est vicié. Peut-être aurait-il plutôt dû considérer que, dans le cas d'espèce, le consentement du voyageur à la clause d'arbitrage n'était pas *certain*. Ce qui fait l'objet du point suivant (214). La perspective aurait alors été différente. À propos du caractère libre du consentement, le problème nous semble plus se

(201) Mons (1^{re} ch.), 6 juin 2000, précité, p. 475. (202) JP Hasselt, 16 mars 1999, DCCR, 1999, p. 70. (203) Selon cette disposition, la « *convention d'arbitrage n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres* ». (204) JP Gand, 9 mars 1998, DCCR, 1999, p. 59, note Speybrouck J. (205) JP Gand, 9 mars 1998, précité, 1999, p. 62. (206) JP Hasselt, 16 mars 1999, précité. (207) JP Anvers (2^e canton), 4 oct. 2007, JJP, 2009, p. 226, note Piers M. (208) « *Dat men ook hier duidelijk te maken heeft met een toetredingscontract, waarbij eisers als economisch zwakkere persoon zich noodgedwongen hebben aangesloten zodat er van geldige toestemming in hun hoofde om zich aan het scheidsrechtelijk beding te schikken, geen sprake kan zijn* », JP Anvers, 4 oct. 2007, précité, p. 229. (209) M. Piers, dans sa note, explique que le jugement confirme la jurisprudence établie quant à la position du consommateur en matière d'arbitrage, Piers M., note sous JP Anvers (2^e canton), 4 oct. 2007, précité, p. 229. (210) Bright S., *Winning the battle against unfair contract terms*, *Legal Studies*, sept. 2000, 20(3), p. 344. (211) Le consommateur est surtout attentif au service ou bien offert en tant que tel et au prix exigé en contrepartie. (212) Voir Moïny J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée*, Quelques réflexions en droits belge et américain, précité, p. 214. (213) À moins que les clauses relatives à ces éléments ne soient pas rédigées de manière claire et compréhensible, voir l'article 73, al. 3, de la LPMP. (214) Voir *infra*, n° 0.

situer dans le caractère répandu ou non de la clause litigieuse, et dans la question de la nécessité de recourir à l'intermédiaire de voyages en question, plus que dans le statut d'adhérent du voyageur. À nouveau, si la clause litigieuse n'est pas abusive, droit de la consommation et droit commun ne devraient pas s'opposer à son intégration au champ contractuel. Le cas échéant, peut-être le droit de la concurrence serait-il susceptible de s'y opposer. C'est également sous l'angle des droits de l'Homme qu'il pourrait y avoir un obstacle quant à la question de savoir si l'individu a consenti librement à la restriction de ses droits (215). Les développements du titre suivant (II) relatif à la CEDH s'attachent à cette question.

31. Quoi qu'il en soit, la position du juge de paix d'Anvers suit la tendance européenne selon laquelle la convention d'arbitrage conclue avant la naissance du différend – dans une clause des conditions générales – n'est pas valable. C'est, de manière plus générale, une tendance que la Commission des clauses abusives semble également suivre en Belgique. En ce sens, elle juge abusive, dans les relations contractuelles entre justiciable et avocat (la LPL est visée), une clause « où le client est obligé de régler à l'amiable son différend devant le Tribunal ou une instance compétente à cet effet près de l'Ordre des avocats » (216). L'on pourrait lire là une condamnation du recours contractuel contraignant et préalable aux modes extrajudiciaires de règlement des différends. La Commission a en effet admis à la même occasion qu'il n'y avait pas de problème lorsqu'une *faculté* était

laissée au client. Seul le compromis d'arbitrage serait valable. Cela n'empêche pas la jurisprudence d'être divisée sur la question.

Cela n'épuise pas non plus le débat. En effet, le *compromis* d'arbitrage pourrait-il alors être considéré comme abusif au sens de la LPMPC ? Il s'agit bien d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, mais celui-ci n'a pas pour objet la fourniture d'un bien ou service par le professionnel. Soulignons certains termes de la législation. « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible* » (nous soulignons) (217). Et le consommateur est « *toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché* » (218) (nous soulignons). On le sent, avec le compromis d'arbitrage, on sort ici du contrat originel conclu avec le professionnel – prestataire de services ou fournisseur de biens – qui semble visé par la LPMPC. Il serait discutable de considérer que le compromis d'arbitrage conclu avec ce professionnel est évaluable sous l'angle de l'interdiction des clauses abusives. En revanche, l'institution sous les auspices de laquelle aurait lieu l'arbitrage et le ou les arbitres constituent bien des entreprises et offriraient un service (d'arbitrage) au consommateur et à son cocontractant (219). L'interdiction

des clauses abusives s'appliquerait alors à la réglementation de la procédure d'arbitrage qui constitue un contrat conclu entre l'ensemble des protagonistes.

32. Enfin, sous l'angle du caractère certain et informé du consentement, dans leurs décisions précitées, la Cour d'appel de Mons et le juge de paix de Hasselt acceptent que la clause d'arbitrage soit rédigée dans des conditions générales. Le juge de paix d'Anvers paraît toutefois plus sceptique en relevant que la clause d'arbitrage était imprimée au verso du contrat de voyage, que les conditions étaient écrites en petits caractères et qu'elles n'étaient pas suivies d'une signature. Dans la lignée de ce scepticisme, il nous semble qu'un consentement spécifique et distinct de la part de l'adhérent serait requis. En effet, la clause en question entraîne dans son chef une renonciation à des droits, et diffère de la simple condition contractuelle qu'il peut être présumé accepter (220). Dans le cas contraire, il risquerait d'être mal informé et son consentement pourrait ne pas être *certain*. La renonciation à pouvoir s'adresser au juge étatique n'est certainement pas prévisible pour un consommateur moyen qui consent globalement à une affaire. Et c'est là plus généralement – et surtout dans le contexte d'internet – l'*adhérent* qui mérite protection, comme l'a étudié S. Guillemard, et non plus seulement le consommateur (221).

Il convient à présent d'étudier les limites que la CEDH peut poser au recours à l'arbitrage en matière d'« e-contentieux ». (...) ♦

(215) Voir partie II, n° Erreur ! Source du renvoi introuvable. et s., et en particulier le point n° Erreur ! Source du renvoi introuvable.. (216) CCA, n° 20, avis du 5 mai 2006 sur un contrat type service d'avocat, point 8, publié dans Ponet B. (Éd.), Commission des clauses abusives, Présentation, activités et législation, précité. (217) Article 73, al. 3°, de la LPMPC. (218) Article 2, 3°, de la LPMPC. (219) Voir la définition de l'entreprise à l'article 2, 1°, de la LPMPC. (220) « *Arbitration clauses are different from other contracts in that they affect not only substantive rights but also the procedure by which the rights are vindicated. Agreements to waive access to otherwise competent courts are qualitatively different from contract terms such as price or interest rate* », Park W.W., *Amending the federal arbitration act, Report*, précité, p. 128. En matière de conclusion de contrats d'adhésion en ligne, voir Moyny J.-P., *Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée, Quelques réflexions en droits belge et américain*, précité, p. 214-224. Voir égal. partie II, n° Erreur ! Source du renvoi introuvable.-Erreur ! Source du renvoi introuvable. (221) Voir Guillemard S., *Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent*, JDI, 2004/1, p. 7 et s.