



Chambre de
conciliation et
d'arbitrage de
T o u l o u s e
Midi-Pyrénées

L'ARBITRAGE, une justice citoyenne, émancipée et pragmatique

Académie de Législation du 20/03/2014

M. Jacques Raibaut

Président de la Chambre de Conciliation et d'arbitrage de Toulouse et Midi-Pyrénées.

Justice privée, justice conventionnelle mais justice vraiment même si elle n'est pas rendue au nom du peuple Français. Cette nature hybride de l'arbitrage sera regardée avec méfiance par l'Etat moderne qui le traitera avec suspicion, l'interdira même, pour finir par le limiter alors que dans l'espace international l'absence d'un Etat souverain permettra à l'arbitrage de s'épanouir et même de devenir pratiquement la norme de règlement des litiges du commerce et de l'industrie.

Cette expansion exercera une influence déterminante sur l'arbitrage en droit interne dont les règles seront souvent calquées sur les solutions dégagées par l'arbitrage international. Sans doute parce que la France est le siège d'une institution importante en droit International, la Chambre d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, et que la Cour de Cassation est ainsi désignée comme juridiction suprême du contrôle juridictionnel de nombreux arbitrages internationaux.

Espace privilégié de rencontres de cultures et de systèmes juridiques différents l'arbitrage est à la croisée des droits et des conceptions et s'insère dans un réseau de systèmes multiples.

Les origines de l'arbitrage sont anciennes, voire très anciennes, et l'on en trouve des traces en Mésopotamie et bien sûr dans l'antiquité Grecque et Romaine, leur trait commun est la volonté d'échapper à la Justice étatique. Très naturellement l'essor des villes au Moyen Age, vecteur de liberté civile et d'émancipation des droits seigneuriaux, le développement des corporations, conduit au développement de l'arbitrage qui accompagne le développement des foires. C'est une source historique commune avec les bourses de marchands, ancêtres des Tribunaux de Commerce, mais qui ne se confondront pas : dans la même décennie où vont être créées les

premières juridictions commerciales (Toulouse en 1563, Paris en 1567) deux édits d'août 1560 et l'ordonnance de Moulins de 1566 vont rendre l'arbitrage obligatoire dans certaines matières commerciales et familiales (notamment dans le droit successoral). En 1673 les grandes ordonnances sur le commerce de terre rendront l'arbitrage obligatoire pour les contestations entre associés dans les sociétés.

La période révolutionnaire sera l'âge d'or de l'arbitrage, au moins à travers les déclarations de principe du législateur constitutionnel. L'article 1^{er} du décret du 16/24 Août 1790 de l'Assemblée Constituante déclarait solennellement : « l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis » et la Constitution du 3 Septembre 1791 reconnaissait aux citoyens « le droit de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage » et que ce droit ne pouvait recevoir « aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif ». S'ensuivit un élargissement du champ de l'arbitrage et sont apparus des arbitrages obligatoires dans le domaine du droit de la famille (divorce, enfants naturels, donations, successions). Mais cette faveur rousseauiste extrême pour l'arbitrage, très critiquée, ne durera que quelques années. Bonaparte déplorant « qu'il n'y a point d'ordre judiciaire en France », rejettera totalement « l'expérience révolutionnaire de Justice citoyenne »¹ condamnant ainsi l'Arbitrage à une longue pénitence que soutiendra l'Etat républicain. Elle ne sera levée qu'avec beaucoup de précautions à la fin du XX^{ème} siècle et il faudra attendre le début du XXI^{ème} pour ouvrir la voie à une indulgence plénière.

¹ J.Krynen « L'Etat de Justice France, XIII^é-XX^é siècle » p.43, Bibliothèque des Histoires NRF Gallimard.

Le XIX^{ème} siècle est marqué par la défaveur de l'arbitrage. Les nouveaux codes de Procédure et du Commerce règlementent strictement l'arbitrage, si strictement qu'il en devient peu attrayant. La jurisprudence suit et marque par un arrêt de la Chambre Civile du 10 de 1843, l'arrêt Prunier², son hostilité en décidant que la clause prévoyant un arbitrage en cas de litige futur est en principe nulle.

Le XX^{ème} siècle introduit une distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. A l'arbitrage interne les réserves et les hésitations du Législateur et de la Jurisprudence, à l'arbitrage international la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire et l'air du grand large mais, effet peut être non désiré, cette liberté entrouvrira la porte aux évolutions du droit interne.

Ce sont en effet l'environnement international et le développement du commerce qui vont inciter le Législateur à plus de tolérance.

Ainsi l'art 631 du Code de Commerce a validé la clause compromissoire dans les litiges entre commerçants à l'instigation du Protocole de Genève du 24 Septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.

C'est sous l'influence du développement de l'arbitrage international que sont intervenus deux décrets du 14 mai et du 1^{er} octobre 1980 intégrés au CPC aux articles 1442 à 1491 posant les principes d'un droit moderne de l'arbitrage visant à assurer son efficacité et marquant le début de la faveur contemporaine pour l'arbitrage.

Mais presque dans le même temps, paradoxalement, le Législateur par une loi du 5 Juillet 1972 inscrivait dans le Code Civil un article 2061 nouveau précisant que « la clause compromissoire est nulle s'il n'est pas disposé

² C.Cass civ 10 Juillet 1843 Cie l'alliance c/ Prunier

autrement par la loi ». Ainsi le CCiv considérait comme nulle une clause réglementée favorablement par le CPC !

Il faudra attendre la Loi du 15 mai 2001, dite NRE, pour « mettre fin à cette curiosité »³, l'article 2061 reconnaissant la validité de la clause compromissoire « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Enfin le décret du 13 Janvier 2011 restant dans la même ligne que le droit antérieur le modernise et le complète en intégrant diverses règles dégagées par la jurisprudence notamment en arbitrage international. Si bien que le droit Français de l'arbitrage est aujourd'hui considéré comme une référence par de nombreux acteurs internationaux et que les arrêts de la chambre spécialisée de la Cour d' Appel de Paris et de la Cour de Cassation font autorité.

La faveur pour l'arbitrage se traduit à la fois par une législation et une jurisprudence libérale respectant son autonomie (I) mais aussi lui donnant son caractère institutionnel et structurant son organisation (II).

³ Seraglini et Ortschfidt -Traité de Droit de l'Arbitrage p.47

I-UN DROIT EMANCIPATEUR .

Arbitrage interne, arbitrage international les particularités ne sont pas telles que dans le cadre de cette communication il faille les distinguer. La bienveillance et l'audace qui a longtemps distingué l'arbitrage international s'adresse aujourd'hui d'une manière analogue à l'arbitrage interne.

§ 1- Autonomie

C'est le maître mot de l'arbitrage.

En choisissant, par convention, la procédure arbitrale les parties entrent dans un monde juridictionnel autonome : la volonté qu'ils ont exprimée par la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage les maintiendra dans cet univers jusqu'à ce que la sentence soit rendue. La recherche de cette autonomie est le cœur même de l'arbitrage : les parties s'émancipent volontairement de la voie judiciaire.

Autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Celui-ci peut être invalide pour toutes sortes de raison la clause compromissoire qui y était insérée continuera à régir les litiges entre les parties au contrat. Ce principe élaboré dès 1963 par la cour de Cassation⁴ en arbitrage international ne sera étendu au droit interne qu'en 2002, avec une certaine solennité puisque deux arrêts seront rendus à quelques jours de distances par deux chambres de la Cour le 4 Avril pour la 2^{ème} Chambre

⁴ C.Cass civ 1ere 7 mai 1963 Gosset

Civile et le 9 avril pour la Chambre Commerciale⁵. Il sera définitivement consacré à l'art 1447 alinéas 1 du CPC par le décret du 11/01/2011.

Dès lors la clause compromissoire verra ses effets maintenus bien que le contrat principal soit nul, résilié, résolu ou même qu'il soit arrivé à son terme.

Autonomie vis à vis du juge étatique.

Aux termes de l'article 1448 alinéa 1 CPC le juge doit se déclarer incompétent dès lors que le défendeur invoque l'existence d'une clause compromissoire. S'il ne peut relever d'office son incompétence, car en cette hypothèse aucune partie n'invoquant la clause elles sont censées y avoir renoncé, il peut toutefois maintenir sa compétence dans la mesure où la clause invoquée est nulle ou manifestement inapplicable. Mais la Jurisprudence limite ce pouvoir d'appréciation par une interprétation très restrictive des termes de l'art 1448 al1 exigeant une inapplicabilité manifeste, d'une évidence ne souffrant aucune discussion. Ici aussi principe d'abord reconnu en arbitrage international⁶, étendu ensuite à l'arbitrage interne⁷.

Autonomie dans l'examen de la compétence arbitrale.

Le tribunal arbitral est seul juge de sa compétence : c'est le principe appelé « compétence-compétence ». Elaboré par le droit de l'arbitrage international ce principe a été consacré par l'art 1465 CPC. Juge de sa propre compétence, comme le juge étatique, l'arbitre se prononcera sur l'étendue de son pouvoir juridictionnel mais aussi sur la validité de la

⁵ C.Cass civ 2ème 4 Avril 2002 Barbot c/ Bouygues et com 9 Avril 2002 Toulousy c/ Philan

⁶ C.Cass civ 1ere 16 oct 2001 Sté Quarto Children's books

⁷ C.Cass civ 2eme 18 dec 2003

convention. Son pouvoir s'exerce sur la validité rationne personae et rationne materiae.

Afin d'éviter que l'application du principe compétence-compétence n'engage un pari il n'est pas rare, dans des cas complexes et touchant à des intérêts importants, que le tribunal arbitral choisisse de se prononcer sur sa compétence par une ordonnance préliminaire pouvant faire l'objet d'un recours immédiat bien que non suspensif.

Autonomie enfin de l'art 1464 CPC.

« A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le Tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu par les règles établies pour les tribunaux étatiques, toutefois sont toujours applicables les principes directeurs du procès »...et l'avant dernier alinéa précise « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

On retrouve en matière de procédure arbitrale les exigences du procès équitable telles que définies par l'art 6 de la CEDH : égalité de traitement des parties, respect du contradictoire, délai raisonnable.

Sous ces réserves le tribunal arbitral, avec l'accord des parties, ce qui est la marque de son caractère conventionnel, pourra organiser comme il l'entend le nombre d'audiences, le déroulement de celles-ci, la communication des pièces et des preuves etc....

S'y ajoute un caractère propre à cette organisation procédurale : la loyauté devient une vertu cardinale et intangible du procès. Ce devoir de loyauté est sévèrement sanctionné : s'il y est manqué une double fin de non-recevoir pourra atteindre la partie défaillante :

-l'une est directement définie par l'art. 1466 du CPC « La partie qui en connaissance de cause et sans motif légitime s'abstient d'invoquer en temps

utile une irrégularité devant le Tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Ainsi une partie ayant activement participé à la procédure sans avoir invoqué ces irrégularités éventuelles, ne peut devant le juge du contrôle, par exemple, invoquer la nullité de la convention d'arbitrage, le défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres, sauf si le vice lui en été caché ou révélé tardivement. Ou encore et faute de l'avoir soulevé en temps utile une partie ne peut pas non plus conclure à l'annulation de la sentence en reprochant aux arbitres de ne pas s'être conformé à leur mission.

-une seconde fin de non-recevoir est l'application de la règle dite de l'estoppel : une partie ne peut se contredire au détriment d'une autre en invoquant un moyen inconciliable avec sa position antérieure. La loyauté se double ici d'une exigence de cohérence. Propre au droit de l'arbitrage cette règle tire sa force de la volonté mutuelle des parties qui, en s'émancipant ensemble de la justice étatique, font en quelque sorte un serment secret de loyauté. La Jurisprudence, tant en droit interne qu'en droit international, en fait une application rigoureuse.

§ 2- L'amicable composition.

Illustrant et renforçant l'autonomie de l'arbitrage la mission d'amicable composition très généralement dévolue aux arbitres contribue à l'efficacité de l'arbitrage. L'article 1478 CPC dispose : « Le Tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ».

A priori il n'y a là rien de très distinctif puisque le juge étatique reçoit lui aussi de l'art 12 du CPC cette même capacité à la demande des parties en cause, mais la nature conventionnelle et émancipatrice de l'arbitrage

disposera plus naturellement à l'utilisation ordinaire de cette qualité procédurale. Arbitrage ad hoc, arbitrage institutionnel il est rare que les compromis d'arbitrage, ou les clauses compromissoires, en droit interne comme en droit international ne visent pas cette disposition.

Investi d'une mission d'amiable composition l'arbitre acquiert la liberté de juger en appliquant la règle de droit ou en l'écartant. Mais l'exercice de cette liberté est exigeant :

- elle n'exonère pas l'arbitre d'une motivation explicite qui ne saurait se résumer, à la seule formule invoquant l'équité.
- elle ne l'exonère pas non plus de l'analyse des droits en cause. L'arbitre amiable compositeur peut écarter la règle de droit mais, s'il l'applique, il « doit confronter les règles de droit à l'étalon de l'équité »⁸.

Si l'arbitre amiable compositeur est investi d'une grande liberté vis à vis de la règle de droit encore ne peut-il s'agir que des droits subjectifs dont les parties ont la libre disposition, mais aussi de la volonté des parties qui peuvent circonscrire l'amiable composition à quelques-unes seulement des règles de droit subjectif applicable au litige.

En revanche il est communément reconnu à l'arbitre un pouvoir modérateur des effets du contrat. La cour de Cassation a parfaitement défini ce pouvoir dans un arrêt du 6 mars 1988 : « les arbitres appelés à juger en équité ont le pouvoir de modérer les droits créés par le contrat et d'écartier les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles sans cependant modifier l'économie de la convention ». Cette jurisprudence prend toute sa valeur dans l'interprétation du contrat de société.

⁸ Arbitrage et Société. D.Cohen Bibliothèque de droit privé Tome 229 p.303

L'amiable composition exprime particulièrement les vertus recherchées par le recours à l'arbitrage : les parties veulent éviter un combat judiciaire meurtrier pour la continuation des relations d'affaires. L'arbitre est investi du devoir de rechercher une solution apaisante et acceptable par les parties. C'est le point fondamental de l'arbitrage, la justification de son caractère émancipateur, la raison principale de la faveur qui lui est accordée par le législateur et la jurisprudence plutôt que l'argument de circonstance communément invoqué de l'encombrement judiciaire :

L'arbitrage n'est pas un supplétif convoqué mais une institution nécessaire et utile au bon fonctionnement de l'économie.

C'est bien ce qui justifie l'aide l'assistance et la coopération que le législateur demande à la justice étatique au bénéfice de l'arbitrage mais aussi le renforcement de l'organisation des opérateurs de l'arbitrage en vue de son développement et de sa sécurisation.

II – UN DROIT EN VOIE D'INSTITUTIONNALISATION

§ 1- Assistance et Coopération de la Justice Etatique.

Aboutissement d'une longue évolution jurisprudentielle consécutive aux décrets de 1980 et 1981 le décret du 13 Janvier 2011 a institué dans le CPC un véritable maître d'œuvre de la procédure d'arbitrage mis à la disposition des parties pour franchir les écueils sur lesquels leur volonté émancipatrice pouvait se briser : le juge d'appui. Saisi par l'une des parties il interviendra chaque fois qu'apparaît un blocage : désignation des arbitres en cas de refus ou de désaccord entre les parties (ou les arbitres déjà nommés), trancher les incidents ultérieurs de récusation ou de remplacement du ou des arbitres.

Le juge d'appui, qui est le Président du TGI, ou le Président du TC à la demande des parties, rend ses décisions en la forme des référés et en dernier ressort, sauf s'il considère que la clause compromissoire est manifestement nulle auquel cas son ordonnance est susceptible d'appel. Caractéristique de l'esprit du législateur de respecter le caractère conventionnel de l'arbitrage : le juge d'appui a un caractère subsidiaire. Il n'interviendra que lorsque les parties n'auront pas convenu d'investir un tiers, personne physique ou morale, des pouvoirs nécessaires au règlement des difficultés invoquées. Cette subsidiarité autorise et renforce le rôle des institutions d'arbitrage.

Un autre temps fort de la coopération de la justice étatique est celui de l'exécution de la sentence.

Décision juridictionnelle la sentence est revêtue de l'autorité de la chose jugée et le plus souvent assortie de l'exécution provisoire (art 1484 CPC). Même si dans leur grande majorité les sentences arbitrales sont normalement exécutées, ce qui est une conséquence naturelle de leur source conventionnelle, il peut toutefois ne pas en être ainsi. La reddition de la sentence dessaisi le tribunal arbitral et, si elle a l'autorité de la force jugée, elle n'a pas de plein droit de force exécutoire. Pour l'acquérir elle doit être revêtue de l'exéquatur par le Président du TGI. Procédure non contradictoire qui n'exerce qu'un contrôle de conformité à l'ordre public. Si en droit interne l'ordonnance d'exequatur est susceptible d'appel ce n'est pas le cas en droit international.

La mise à disposition de l'arbitrage d'une procédure simple, non contradictoire et rapide d'exécution forcée illustre le confiance accordée à l'instance arbitrale.

Cette confiance ressort également de l'architecture des recours possible contre la sentence.

Ils sont sur un mode alternatif soumis à la volonté des parties : ou les parties ont renoncé à l'appel et seul demeure le recours en annulation ou, inversement, les parties ont maintenu la possibilité d'appel et le recours en annulation disparaît. La rédaction de l'art 1489 CPC qui dispose que la sentence « n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties » induit dans les faits une renonciation quasi systématique à l'appel, ne laissant subsister que le recours en annulation. Actions enfermées dans un délai bref de un mois à compter non pas de la signification mais de la date de reddition de la sentence.

Le contrôle du juge étatique pratiquement réduit aux recours en annulation est-il très prononcé ?

Avec la quasi disparition de l'appel et de son effet dévolutif, disparaissent les contrôles de la convention d'arbitrage et de l'instance elle-même. Le contrôle est ainsi peu à peu reporté au stade de la sentence et perd de son intensité au motif que l'arbitrage est très autonome de la justice étatique ; Influence, sans doute aussi, des règles de l'arbitrage International où le juge se voit interdire le contrôle du contenu de la sentence.

Le contrôle tend ainsi vers un minimum, réduit au strict nécessaire des besoins de l'ordre public qui selon la Cour de cassation doit se limiter « au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »⁹.

Un autre facteur concourant à cet amenuisement est évidemment la règle déjà rencontrée de l'art 1466 CPC interdisant aux parties d'invoquer devant le Juge les irrégularités dont elles avaient connaissance et dont elles ne se sont pas prévaluées devant le tribunal arbitral.

Non seulement le législateur et la jurisprudence favorisent l'efficacité de l'arbitrage et l'expansion de son domaine par une appréciation libérale de « l'arbitrabilité » des litiges mais aussi par l'extension des assujettis à la clause compromissoire.

§ 2- Un domaine en expansion.

⁹ Cass Civ 1ere 4.6.2008

Une règle issue de l'arbitrage international et fixée par la cour d'appel de Paris, la Cour de Cassation et la Chambre d'arbitrage de la CCII de Paris s'étend désormais au droit de l'arbitrage interne : « la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle »¹⁰

Ainsi la C.Cass a précisé que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action »¹¹ ou encore un sous-traitant de second rang sera tenu par la clause souscrite dans le contrat primitif entre le donneur d'ordre et le sous-traitant de premier rang etc...on pourrait multiplier les exemples. Ce dynamisme extensif est tel que certains auteurs n'hésitent pas à écrire que « l'on ne peut plus parler de tiers au sens procédural du terme.....l'évolution chemine vers une analyse objective de l'extension de la clause compromissoire au détriment de la recherche d'une volonté commune des parties trop subjective à analyser et recelant un risque contraire au but recherché de célérité et d'adéquation ».¹²Le droit de l'arbitrage est un droit opportuniste.

Par ailleurs la rédaction du nouvel art. 2061 du CCiv a rendu la clause compromissoire licite alors qu'elle était jusque-là considérée comme l'exception à une interdiction de principe. Reste à délimiter les conditions de sa validité : elle est valable précise l'art 2061 dans « les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

C'est un critère bien plus large qu'une distinction entre activités civiles et commerciales et il ouvre ainsi de vastes possibilités à une interprétation extensive par une Cour de Cassation bien décidée à prolonger la faveur du

¹⁰ J-P Correa-Delcasso « La clause d'arbitrage et son extension.... »Colloque international Toulouse 7 Novembre 2013 Gaz Pal N°359-362.

¹¹ C.Cass civ ABS 27.3.07

¹² Correa Delcasso op.cit.

législateur pour l'arbitrage. Un courant doctrinal très actif plaide pour une réforme de l'art 2061 dans le sens d'une ouverture plus prononcée. Hors les exclusions que la Loi énonce avec précision (contrat de travail, certaines matières de la propriété intellectuelle, droit de la consommation, droit pénal, droit fiscal) la doctrine ne s'interdit aucune hypothèse et évoque des matières liées aux droits extrapatrimoniaux ou à l'état des personnes : par exemple les divorces par consentement mutuel dont la déjudiciarisation a été récemment évoquée par des intentions, certes prudentes mais réelles, des pouvoirs publics.

A l'appui de ces courants doctrinaux la jurisprudence en matière de d'arbitrage international exerce une forte pression sur le droit interne et lui sert parfois de laboratoire d'expérimentation.

L'évolution de la relation entre arbitrage et ordre public en est un bon exemple.

Jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle la règle d'ordre public, de direction ou de protection, trace la frontière infranchissable de « l'arbitrabilité » des litiges. La stricte interprétation de l'art 2060 CCiv (« on ne peut compromettre.....dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ») réduisait considérablement le domaine d'application de l'arbitrage compte tenu de l'inflation législative et réglementaire des règles d'ordre public et constituait une source abondante d'actions dilatoires.

Dans un premier temps il fut reconnu que le tribunal arbitral pouvait opérer même en présence de règles d'ordre public mais ne pouvait pas sanctionner leur violation. « La nullité du compromis ne découle pas de ce

que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé » précisait la Cour d'Appel de Paris¹³.

L'étape suivante est intervenue dans l'arbitrage international où la Cour d'Appel de Paris a retenu, dans un litige concernant l'application des règles impératives du droit de la concurrence, que l'arbitre non seulement avait compétence pour retenir sa compétence mais aussi « avait le pouvoir de sanctionner la méconnaissance de ces règles, sous le contrôle du juge de l'annulation ». ¹⁴ Cette solution a été étendue en droit interne par un arrêt de la Cour de Cassation du 9 Avril 2002.

L'ordre public ne borne donc plus l'horizon du tribunal arbitral qui, sous le contrôle du juge de l'annulation, se voit reconnaître le droit d'appliquer et sanctionner ses règles.

La question de « l'arbitrabilité » est loin d'être close et certains auteurs, élargissant le débat, soulignent qu'en réalité « l'arbitrabilité » des litiges pose le problème d'une réflexion sur le rôle de l'Etat qui doit être menée lorsque l'on propose d'augmenter ou de diminuer la sphère d'intervention du juge libre dans ces matières ». ¹⁵

Ainsi posée, et me semble-t-il, justement posée l'arbitrage apparaît comme une organisation économique et juridique dont le rôle juridictionnel lui confère un caractère institutionnel. De ce caractère naissent des impératifs de sécurité, de loyauté et de transparence auxquels les opérateurs de l'arbitrage doivent se soumettre et en assurer la traçabilité.

Ce sont ces impératifs que les acteurs de l'arbitrage mettent en œuvre par la création d'organisations spécialisées : chambres, instituts, collèges, centres,

¹³ CA Paris 15 Juin 1956. Rev arbit 1956.

¹⁴ CA Paris 19 mai 1993 Labinal Rev.arbit. 1993

¹⁵ L.Posocco « L'inarbitrabilité des litiges » Colloque International Toulouse 7/11/2013.

les expressions ne manquent pas pour désigner ce que l'on est convenu d'appeler l'arbitrage institutionnel.

§ 3- L'arbitrage institutionnel.

« Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ».

Ce très vieil adage résume assez bien la préoccupation centrale de ces organisations : en s'émancipant de la justice étatique l'arbitrage s'émancipe aussi du corps de règles que l'Etat met en œuvre pour garantir le mieux possible l'indépendance, l'impartialité, la compétence du juge. Le contrôle des sentences pourra exercer sa vigilance sur ces mêmes critères mais sous réserve qu'il soit demandé et sous réserve que, demandé, il porte sur ces impératifs. Le caractère privé de la justice arbitrale ne peut, au risque de la disqualifier durablement, l'affranchir de ces impératifs fondamentaux constitutifs de l'idée même de justice. C'est ce que rappelle, semble-t-il, une décision très récente de la CJUE.

La Cour de Justice de L'union Européenne refuse depuis l'origine de recevoir des questions préjudicielles d'origine arbitrale. Elle a toujours justifié ses décisions par un argument constitutionnel : les tribunaux arbitraux conventionnels ne sont pas considéré comme une juridiction d'un Etat membre, écartant « de jure » la compétence de la Cour. Il est permis de penser que cette argumentation vise implicitement l'absence des garanties de magistrature que l'Etat membre met à la disposition des justiciables de l'ordre judiciaire étatique.

Pour la première fois une décision de la CJUE en date du 20 Février 2014 a accepté de recevoir une question préjudicielle d'un tribunal arbitral portugais au motif qu'il remplissait toutes les conditions nécessaires pour

être considéré comme une juridiction. Certes les conditions étaient très particulières et l'on ne saurait en déduire encore un revirement de jurisprudence, mais la Cour, en énumérant, par prétériorité, les qualités d'un tribunal arbitral : procédure contradictoire, égalité des parties, jugement en droit, indépendance et impartialité des juges, règles légales de procédure semble poser les conditions d'une reconnaissance de principe des tribunaux arbitraux.

Cette décision illustre bien les contraintes que l'arbitrage doit s'imposer afin de satisfaire pleinement sa nature juridictionnelle, condition de son acceptation plénière par le corps social.

C'est le cœur stratégique du mouvement qui depuis le début des années 1980 en droit interne, bien antérieurement en droit international, a conduit à la création, sous forme d'association de praticiens (juristes d'entreprises, avocats, professeurs, anciens juges), d'organisations d'arbitrage institutionnel.

Ces institutions d'arbitrage sont très diverses. Certaines ont une base territoriale régions, ville : la chambre d'arbitrage de Toulouse et Midi-Pyrénées. Le centre d'arbitrage de Bretagne etc... A côté de ces dernières se sont créées des institutions spécialisées intervenant dans un domaine juridique identifié : le droit de l'assurance, le droit maritime, voire un domaine économique très particulier censé utiliser des usages propres : la chambre de commerce du cacao, la chambre d'arbitrage des cafés et poivres du havre, bref la liste est assez longue pour la France et compte pas moins d'une cinquantaine d'institutions. Le droit international compte aussi beaucoup d'institutions mais est dominé historiquement par quelques unes

d'entre elles que l'on connaît : les chambres internationales d'arbitrage de Paris, de Londres, de Stockholm mais aussi par des institutions créées par des conventions internationales telle que le CIRDI créé par la convention de Washington du 19 mars 1965, sur les investissements, la convention de New-York sur l'exécution des sentences internationales etc...

L'arbitrage international, de longue date, s'est organisé afin d'harmoniser les règles de procédure mais aussi par des associations comme l'International Bar Association la diffusion des bonnes pratiques. Aux côtés de ces institutions il faut aussi citer le rôle déterminant de la Commission des NU pour le développement du commerce qui élabore et diffuse un règlement pour l'arbitrage international des litiges commerciaux mais aussi une loi-type pour la législation interne des Etats.

En droit interne un même mouvement d'unification s'installe depuis le décret de 2011 et une Fédération des Centres d'arbitrage a vu le jour en 2012. Regroupant une quinzaine d'institutions elle a adopté une charte éthique et déontologique commune et œuvre à l'élaboration d'un règlement commun.

§ 3- Le rôle des institutions d'arbitrage.

Elles ne sont pas un tribunal arbitral mais une tutelle organisatrice, avec l'accord des parties, de l'arbitrage placé sous leur égide le plus souvent dès la clause compromissoire.

Le caractère subsidiaire des dispositions procédurales prévues par la Loi, ouvre le champ de l'organisation détaillée de la procédure arbitrale par le règlement de l'institution : désignation du comité d'arbitrage, choix des arbitres et vérification de leur indépendance et de leur compétence, leur

récusation éventuelle, leur remplacement en cas d'empêchement, le déroulement des audiences et leur nombre, la recherche et la présentation des preuves, le recours à l'amiable composition, le régime des recours, les procédures d'urgence etc...bref un véritable règlement de procédure qui s'imposera aux parties et aux arbitres afin de sécuriser strictement le déroulement de l'instance arbitrale conformément aux exigences de la norme du procès équitable, sous le contrôle du juge de l'annulation.

L'autre rôle déterminant des institutions a trait à l'éthique. L'arbitre a écrit le doyen Thomas Clay « est un juge à part entière, un juge total, tellement juge d'ailleurs qu'on accepte qu'il rende la justice sans appliquer les règles de droit, uniquement suivant son sens de l'équité »¹⁶

Le point cardinal est donc bien ici la vérification de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres. Les deux notions ne sont pas confondues et la première se vérifie ou se régule plus aisément que la seconde qui est finalement une disposition de l'esprit et une structure intellectuelle qui résistera difficilement à la collégialité.

Le problème central est celui de la vérification de l'indépendance. Choisi par les parties l'arbitre exerce un pouvoir juridictionnel il n'est donc pas l'arbitre d'une partie mais l'arbitre d'un litige d'où l'importance de son indépendance. La Loi met à sa charge une obligation de révélation : « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de

¹⁶ T.Clay-Le règlement arbitral des litiges nés des cessions de parts sociales » Petites affiches 30 Mai 2012 N°108

même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. » (Art. 1456 al 2).

Le règlement institutionnel confie au comité d'arbitrage permanent de l'institution un rôle déterminant en la matière, qu'il ait ou non choisi les arbitres. Il reçoit et apprécie la déclaration de l'arbitre et en informe les parties qui décident en dernier ressort : leur acceptation doit être unanime. Après la révélation de l'arbitre les parties peuvent saisir dans le délai d'un mois le comité d'une demande de récusation : le comité instruira contradictoirement la demande et se prononcera souverainement sur celle-ci sans être tenu de motiver sa décision. Si la récusation est admise il sera désigné un autre arbitre.

La jurisprudence et par voie de conséquence les comités d'arbitrage adoptent une interprétation large du caractère absolu de l'exigence d'indépendance qui va bien au-delà des critères assez restrictifs de l'art 341 CPC visant les juridictions étatiques, sur lequel au reste la cour de cassation, elle-même, est assez dubitative.¹⁷

L'indépendance est menacée dès lors qu'un « courant d'affaires » existe ou a existé entre l'arbitre et une partie, de même l'arbitre et une partie ne doivent avoir aucun intérêt commun.¹⁸ Il s'agit donc d'une appréciation de circonstances de faits, qu'il convient d'investiguer avec précision surtout lorsque la ligne d'intérêt est apparemment diluée entre plusieurs niveaux dans le temps ou lorsque un arbitre est nommé fréquemment par la même partie....L'exigence récurrente de la jurisprudence et des comités

¹⁷ Voir notamment C.Cass Civ 1ere 28.04.98

¹⁸ C.Cass civ 1ere 20.10.10

d'arbitrage justifie la remarque du doyen Clay observant que « l'obligation de révélation, objective, s'est substituée à l'obligation d'indépendance »

Enfin autre exigence à l'égard des arbitres : la compétence .

Une approche traditionnelle lie absolument une compétence particulière à l'objet de l'arbitrage. C'est confondre expertise et arbitrage.

Le développement de la pratique de l'arbitrage et l'apparition des institutions font évoluer le débat vers celui d'un professionnalisme de l'arbitrage. Il est vrai que l'émergence de ces institutions notamment en arbitrage international peut être menaçante pour le principe d'indépendance et beaucoup de voix s'élèvent aujourd'hui pour le dénoncer. Trop fréquemment les mêmes arbitres, en petit nombre, se croisent et s'entrecroisent dans l'univers des grands contrats internationaux. Trop souvent un grand donneur d'ordre, pour des arbitrages internes, désignera systématiquement le même arbitre, au risque de faire naître une suspicion réelle sur son indépendance.

Le rôle des institutions d'arbitrage en la matière est déterminant dans la rédaction et l'adoption de chartes éthiques et de règles déontologiques unifiées et contraignantes.

L'arbitre certes doit travailler comme un professionnel : il doit être un bon administrateur de la procédure, y consacrer beaucoup de temps afin de respecter les délais de la procédure, il doit avoir l'expérience qui permette d'appréhender les problèmes juridiques, commerciaux, industriels ou financiers en cause dans le litige, être comme on a pu le dire « un bon économiste connaissant le droit ou un bon juriste connaissant l'économie », il doit enfin savoir conserver la confiance des parties sans être animé par le souci de plaire à l'une ou l'autre, avoir la religion de la confidentialité.

Ce sont des qualités que détiennent beaucoup de professionnels du droit et de l'entreprise mais, malgré ce et à notre avis, la qualité majeure, celle de son indépendance, s'oppose absolument à une perspective d'expansion et de conquête d'un marché lié à une conception professionnelle de l'arbitrage.

L'arbitre doit rester un être de passage et n'existe que le temps d'un litige.
On ne fait pas profession d'arbitre.