

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
53.77.24.31

COLLOQUE
du 28 septembre 1994

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris**

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

2, rue de Harlay
75001 PARIS
53.77.24.31

COLLOQUE

du 28 septembre 1994

**à la Chambre de Commerce et d'Industrie
de Paris**

TEXTES DES EXPOSÉS

	Pages
Allocution de bienvenue	5
par Monsieur le Président Bernard CAMBOURNAC	
Intervention	9
de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE Président de l'A.F.A.	
Intervention	13
de Maître Jean-Louis DELVOLVE Avocat à la Cour	
Remerciements	37
de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE Président de l'A.F.A.	
Allocution	39
de Monsieur MÉHAIGNERIE Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, ministre de la Justice	
Conclusions	45
de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE Président de l'A.F.A.	

ALLOCUTION DE BIENVENUE

par Monsieur le Président Bernard CAMBOURNAC

J'accueille pour la neuvième année consécutive dans notre hôtel consulaire l'Association Française d'Arbitrage, que vous présidez, Monsieur le Bâtonnier Mollet-Vieville, et permettez-moi de dire cher ami, avec un talent si remarquable. Je voudrais ajouter également combien nous nous sentons tous honorés par la présence quelque peu retardée de Monsieur le Garde des Sceaux.

Que l'arbitrage présente aujourd'hui bien plus qu'hier pour nos entreprises un attrait particulier est incontestable ; que les contentieux nouveaux mettant en cause l'activité économique soient de jour en jour plus complexes et justifient encore davantage l'action d'une part et la réflexion d'autre part, est aussi incontestable.

Au titre de l'action, je suis heureux de rendre officiel ce soir la création au sein de ma compagnie, en partenariat avec l'Association Française d'Arbitrage, du centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. Il s'agira d'un service nouveau rendu en priorité à nos 273 000 ressortissants. La création de ce centre est l'aboutissement d'un long travail, mené en étroite collaboration avec l'AFA et c'est pour moi, ce soir, l'occasion de vous remercier très vivement, Monsieur le Bâtonnier, de l'importante contribution que vous, personnellement, ainsi que d'éminents membres de votre association, avez bien voulu apporter à ce projet.

Ce centre de médiation et d'arbitrage aura aussi l'appui de grandes institutions qui siègeront à son

conseil : le Tribunal de commerce de Paris, le Barreau de Paris et le Comité national français de la Chambre de Commerce Internationale. Ainsi constitué, ce nouveau centre donnera d'emblée un gage de compétence et de pérennité, valeurs auxquelles vous le savez, ma compagnie est dans tous les domaines très profondément attachée.

A l'heure où le besoin pour les PME d'un arbitrage de qualité se fait de plus en plus ressentir, le centre aura la particularité de :

- réserver une place importante à la médiation, qu'il ne convient plus de cantonner dans un rôle mineur. Elle devrait même être un préalable pour les litiges dont les intérêts en jeu n'excéderaient pas un montant fixé annuellement,

- tendre à imprimer un nouvel essor à l'arbitrage à travers une grande souplesse de la procédure,

- prévoir l'instauration d'une procédure accélérée applicable en-dessous d'un certain seuil.

Son règlement sera un règlement dynamique, approprié à un large éventail de litiges. Il offrira une procédure arbitrale de haut niveau, au sein de laquelle un comité de médiation et d'arbitrage aura un rôle important comme régulateur des procédures et gardien de leur bon déroulement.

Son originalité résidera aussi dans une mission triple : informer les chefs d'entreprise sur les avantages que présentent tant l'arbitrage que le recours à la médiation et les inciter à soumettre leurs différends à notre centre ; former, à l'instar de ce que fait déjà plus généralement la Chambre en matière de formation et d'enseignement, les entrepreneurs et leurs conseils pour leur donner ainsi le réflexe médiation et/ou arbitrage ; enfin, suivre en permanence le déroulement de la procédure, de l'origine du litige à la transaction intervenue ou au prononcé de la sentence.

Alliant la notoriété et l'expérience de partenaires remarquables avec l'importance potentielle et le savoir-faire de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, nous ne pourrions que mieux répondre aux besoins présents et futurs des entreprises face à la multiplicité des contentieux et à la diversité croissante des litiges.

Mais, à côté de l'action, une place essentielle doit être faite aussi à la réflexion. J'en viens tout naturellement à celle que suscitera votre conférence, Maître Delvolvé dont le thème brillant est « Le droit à l'arbitre ». Je serais tout à fait incapable de m'aventurer dans le domaine que vous allez traiter, Maître, mais en tant que Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, je puis vous dire que le droit à l'arbitre demeure un droit qui, à ce jour, est encore mal perçu par nos entreprises.

Les dispositions législatives restreignent en effet le recours à l'arbitrage et en rendent l'exercice parfois périlleux. Il est une limitation qui aujourd'hui ne me paraît plus de mise, l'article 2061 du Code civil, suivant lequel la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi. Or, au moment où la médiation est encouragée, voire même recommandée par les pouvoirs publics, ce que nous approuvons, j'évoque ici, ce que j'aurais aimé pouvoir dire directement à Monsieur le Garde des Sceaux, le projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, on ne doit pas oublier le droit à l'arbitre. J'évoque ici bien sûr la nullité des clauses compromissoires auxquelles sont confrontées nos entreprises en matière d'acte mixte, encore la nullité de ces mêmes clauses lorsqu'il s'agit de marchés publics. L'énumération de ces obstacles, la clarification des textes en vue de les adapter au bouleversement de l'environnement économique de nos entreprises sont également une priorité et nul ne saura mieux que vous, Maître, nous en faire part.

Avant de conclure et, de vous céder la parole, Monsieur le Bâtonnier et cher ami, laissez-moi vous dire encore combien je suis heureux de nos travaux en commun pendant ces nombreuses années. C'est bien avec votre appui et votre savoir-faire que notre compagnie, par l'intermédiaire de ce centre de médiation et d'arbitrage va contribuer à rendre le droit à l'arbitrage à la portée de nos entreprises et ce à l'heure où ce dernier réclame un espace non seulement de sécurité mais aussi de liberté. Je vous remercie de votre attention.

INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIÉVILLE

Président de l'A.F.A.

Monsieur le Président et Cher ami,

Il est vrai que depuis quelque dix ans l'Association Française d'Arbitrage a le plaisir d'être très aimablement accueillie par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris à l'occasion de sa manifestation annuelle. Ainsi, exprimerai-je d'abord au Président Cambournac notre vive et profonde gratitude, comme je l'avais fait jadis à l'adresse de notre ami Philippe Clément et comme j'ai eu la joie de le faire si souvent, à votre propre égard, mon cher Président.

Notre manifestation en 1994 est exceptionnelle de trois points de vue. Le premier est la présence de Monsieur le Garde des Sceaux, dont la venue a été légèrement retardée mais qui est, à cet instant, aimablement représenté par Madame de Guilenchmidt, Directeur Adjoint de son Cabinet, que je suis particulièrement heureux de saluer. Pour la première fois, le Garde des Sceaux voudra bien apporter une conclusion à notre réunion dont il connaît la motivation et le thème.

A n'en pas douter, il nous fera part de son sentiment sur une institution dont la promotion et l'activité ne cessent de croître, rejoignant les thèmes qui sont chers à la Chancellerie dans la mesure où ils privilégient le règlement de situations conflictuelles par l'arbitrage dans le cadre même d'une justice proche du citoyen et adaptée à des difficultés parfois mineures, souvent isolées, intervenant ponctuellement au cours de situations commer-

ciales et contractuelles, par ailleurs sans nuage, arbitrage souhaité par les parties et permettant des solutions rapides, voire un apaisement ne relevant que de l'équité. Grâce à notre hôte, nous pourrions mieux connaître son sentiment et écouter ses suggestions. C'était le premier volet du triptyque qui caractérise la qualité exceptionnelle de nos entretiens de ce soir.

Le second est la joie que l'A.F.A. a ressenti de pouvoir être, tout au cours de ces derniers mois, plus proche encore de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, dans la mesure même où notre association a pu satisfaire pleinement à son objet social et à son éthique, à savoir la promotion de l'arbitrage. En effet, nous avons répondu au vœu exprimé par le Président Cambournac et avons pu, avec les représentants les plus qualifiés de la Chambre de Commerce, contribuer à la mise en place de l'activité arbitrale que vous désirez créer afin d'en faire bénéficier tous ceux pour qui vous ne cessez d'être utile. Les fondations sont réalisées, les murs s'élèvent ; l'édifice est en bonne voie d'achèvement.

L'A.F.A. a participé et continuera à participer à cette réalisation, heureuse de contribuer ainsi à ce qui est et restera sa raison d'être depuis sa fondation en 1975, date à laquelle mon ami Jean Robert et moi-même décidions de la création de l'A.F.A. et de la définition de ses objectifs. Joie d'un parrainage réalisé, bonheur de fiançailles éventuelles, l'avenir, prometteur, nous le dira.

Le troisième volet de ce triptyque est que vous allez entendre une conférence sur un sujet passionnant. C'est votre impatience qui sera le motif même de la brièveté de mon propos liminaire.

« Le droit à l'arbitre »

Jean-Louis Delvolvé j'en suis certain, va captiver notre attention tant par l'élévation de son propos que par la qualité de sa réflexion.

Bien souvent il est dit qu'il n'est pas besoin de présenter un orateur. C'est à la fois vrai et hypocrite, puisque aussi bien on s'empresse de rappeler cependant ses mérites et les traits saillants de sa carrière. Permettez-moi d'adopter une solution médiane, énumérative et minimale, se limitant à de simples affirmations.

Oui, c'est son frère, qui ici même en septembre 1990 a réussi le tour de force de nous convaincre que les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif pourraient bientôt faire l'objet d'une réconciliation souhaitable.

Oui, c'est son père qui fut Conseiller d'Etat et ce sont ses trois frères qui se partagent entre l'Université, la profession d'Avocat aux Conseils et celle d'Avocat à la Cour dans la patrie du Marquis de Pompidou.

Oui, c'est lui aussi qui a réussi le doublé qui consistait à être premier Secrétaire de la Conférence des Avocats à la Cour de Cassation — nous sommes en 1957 — et d'y faire son discours de rentrée sur « Le Juge administratif, gardien des libertés publiques » et à être, l'année suivante, premier Secrétaire de la Conférence du Stage à la Cour d'Appel, prononçant un magnifique éloge de Malesherbes à la rentrée solennelle, comme il le fit à nouveau, et avec quel talent, le 6 avril dernier, dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, lors du bicentenaire de la mort de cet homme qui incarna le courage et l'abnégation.

Oui, bien sûr et enfin, il fut membre de notre Conseil de l'Ordre en 1981 puis, sur sa lancée, il devint Président du Conseil Européen de la L.C.A.I., membre français de la London Court of International Arbitration. Il se révéla remarquable rapporteur à la C.C.I. des problèmes posés par l'arbitrage multipartites et fut l'auteur d'une étude sur « Le pouvoir judiciaire et le Traité de Rome, ou la diplomatie des Juges ».

Cette rapide et insuffisante énumération se terminera en vous confiant qu'il a une charmante épouse et trois filles qui ont admis qu'il sacrifiât à ses activités professionnelles de longs moments qu'il eût préféré passer auprès d'elles, que c'est un remarquable avocat et qu'il s'est révélé un de nos plus grands spécialistes de l'arbitrage. Cependant, il sait consacrer quelques loisirs à la promenade et au golf. Enfin, sachez que nous sommes liés par une amitié à la fois ancienne et indéfectivement fidèle.

Voici donc notre orateur de ce soir. Je ne doute pas que dans quelques instants vous puissiez apprécier sa science arbitrale, philosophique et juridique, puisque j'ai maintenant la joie de lui demander de bien vouloir prendre la parole.

INTERVENTION

de Maître Jean-Louis DELVOLVE

Avocat à la Cour

Mon Cher Bâtonnier,
Monsieur le Président,
Madame la représentante de Monsieur le Garde
des Sceaux

J'ai donc le plaisir de tenter de vous parler du
droit à l'arbitre.

L'un de mes bons amis italiens, que j'ai rencontré tout à l'heure au seuil de ce palais, m'a dit avec un air étonné, sceptique mais gentil : « Diable ! de quoi vas-tu donc nous parler ? ». Je remarque, Monsieur le Bâtonnier, Monsieur le Président, avec quelle perspicacité et intelligence vous avez vous-mêmes spontanément deviné, dans ses grandes lignes, le contenu de mon propos, que je vais maintenant tâcher de développer.

L'arbitrage avait eu lieu. La sentence ne satisfaisait personne. C'était une de ces sentences où, sous l'habillage du droit, on voyait que l'arbitre s'était contraint à ne léser gravement aucun intérêt, sans autre nécessité que le plaisir personnel de trouver une solution élégante. Interrogé par son client sur les chances d'un recours dans le pays d'outre-monts où elle avait été rendue, l'avocat français osa prédire qu'elles seraient d'à peine une sur deux et encore, sur un point secondaire.

L'homme d'affaires, l'un des plus prestigieux chefs d'entreprise de la place de Paris, quoiqu'il jugeât parcimonieux le dédommagement que l'arbitre lui avait accordé, décida donc d'en rester là.

L'arbitrage, dit-il, est peut-être une aventure, mais, c'est d'abord un état d'esprit ; j'ai accepté cela ; une fois que la chance a couru, sauf injustice scandaleuse je suis tenu de m'incliner ; je tiens à le faire ; c'est la règle du jeu.

L'adversaire, médiocrement condamné mais damné dans son cœur, n'eut pas cette générosité d'esprit. Etablissement public d'un pays aussi fier que modeste, il tenta vaille que vaille un recours.

Un tribunal d'outre-monts jugea curieuse l'interprétation, pourtant plausible, d'une clause du contrat par l'arbitre. Il y vit de l'arbitraire, c'est-à-dire une violation choquante du droit et de l'équité que la loi de son pays, aujourd'hui heureusement amendée, l'autorisait à censurer.

Il s'ensuivit, après annulation partielle de la sentence, plusieurs années d'une nouvelle instance, un exercice harrassant auquel les parties, plus par lassitude que par sagesse, assignèrent un terme par une transaction guère moins défavorable à leurs intérêts que ne l'avait été la sentence.

Il faut, s'écriait un tribun révolutionnaire cité par le Président Bellet, « avoir l'esprit de se passer de la justice des tribunaux ». Une histoire comme celle-ci, et qui n'est pas rare, inciterait à penser qu'il faut aussi savoir se passer de celle des arbitres. Mais à vrai dire, on ne saurait décider en l'espèce qui aura été le plus blâmable dans l'art de gâter l'arbitrage : les parties qui ne surent pas s'accorder avant ou après la sentence ? L'arbitre dont la décision manquait de fermeté ? Ou le juge du contrôle, substituant par droit d'ingérence son sentiment du juste à celui de l'arbitre, et par là suscitant un rebond de chicane sans profit pour personne ?

Et pourtant, il existe un bon usage de l'arbitrage, une pratique paisible qui est la plus répandue et qui tend, malgré ces périls, à se répandre encore. C'est que, nous le savons tous, l'arbitrage corres-

pond à de vrais besoins, mieux encore à une nécessité, dans la mesure où ces besoins ne sont pas forcément satisfaits par la justice ordinaire.

Pour être divers, ils n'en sont pas moins légitimes et sans pouvoir les recenser tous, on peut en distinguer deux sortes, selon un classement proposé par Monsieur Oppetit (1).

C'est d'abord le besoin d'être jugé ailleurs que dans les tribunaux, et il peut y avoir d'excellentes raisons à cela : le souhait de protéger des secrets d'affaires ; ou celui d'être jugé et compris par des hommes de l'art, spécialistes d'un milieu ou d'une discipline sans équivalents dans la magistrature assise et plus au fait des usages professionnels qu'un juge en place dont on ne sait d'ailleurs pas s'il serait toujours en fonction le jour venu pour le saisir ; en outre, dans l'ordre international, la volonté d'établir un for neutre, dont la culture générale et juridique ne soit celle d'aucune des parties en cause. Ce qui ne veut d'ailleurs pas dire forcément que l'on veuille être privé des formes dans lesquelles la justice s'exprime à l'ordinaire.

Mais on peut éprouver un autre besoin, celui d'être jugé autrement.

Ou bien sans se départir des garanties d'une procédure formelle, on en préfère une d'un autre type, par exemple une procédure accusatoire de style anglo-américain pour l'administration des preuves.

Ou bien l'on souhaite couper au plus court, éviter les langueurs de la justice d'Etat, ses détours, ses complications, être jugé sans appel, être entendu sans formalisme lourd ; on s'y attend, on le suppose d'après le règlement d'une institution auquel on se réfère et qui prône généralement sou-

(1) B. Oppetit, Philosophie de l'arbitrage commercial international, Clunet 1993, p. 811.

plesse des formes et rapidité d'exécution (C.C.I., L.C.I.A., A.F.A.) ; on y imprime un surcroît de libéralisme par la clause d'amiable composition encore que, d'après nos textes, celle-ci n'y ajoute plus grand chose. En un mot, on prétend tordre le cou à la chicane et, tandis que les relations entre parties prospèrent ailleurs selon leur cours normal, on attend une justice d'apaisement qui, si possible, réconcilie les parties ou qui, si elle porte condamnation contre l'une d'elles, laisse la porte ouverte à la réconciliation.

Etre jugé ailleurs, être jugé autrement, et même être jugé ailleurs et autrement ; existe-t-il une raison quelconque qui s'oppose à cette revendication ?

On s'étonnera peut-être que la question soit posée aujourd'hui. En effet les mérites de l'arbitrage à la rencontre de ces besoins sont reconnus depuis les temps anciens. Il n'avait pas fallu attendre la Révolution pour en proclamer la valeur. Le bon Malesherbes en préconisait le développement (2).

Bien avant lui, l'Edit et Règlement du Roy pour le commerce des négociants en gros et en détail de mars 1673 (3) avait même déclaré la clause compromissoire obligatoire, en tous cas sous-entendue, pour le règlement des constatations entre associés, pouvoir étant donné au juge de désigner l'arbitre en cas de carence d'une partie ; et la clause était opposable à la veuve et aux héritiers, même non négociants, de l'associé, ce que déjà la Loi d'Ulpien avait admis en droit romain. Comme quoi il faut toujours regarder en arrière avant que de se piquer de modernité ; inversement, il est des rigueurs ou des timidités de la loi dont ce regard devrait faire honte aux timorés.

Pourtant, il faut se rendre à l'évidence : de mauvaises raisons font encore que l'arbitrage est

(2) Grosclaude, Malesherbes et son temps, p. 281.

(3) Voir au titre IV, art. IX et suiv.

regardé avec méfiance par les législateurs, qui, par l'esprit ou la lettre des textes, paraissent souvent ne lui concéder qu'un rôle subalterne, une plage de liberté étroite, en marge de la justice des tribunaux.

C'est le cas dans les Etats où persiste l'idée que rendre la justice est une prérogative régaliennne, un privilège de souveraineté qui ne tolère pas l'existence d'une justice privée, serait-ce même pour les besoins du commerce international.

C'est le cas dans tous les pays où l'on enseigne encore que l'arbitrage est une institution dont l'objet est de soustraire un contentieux à la connaissance des tribunaux ordinaires, ce qui est une manière de lui imprimer un rôle subsidiaire, toléré et peut-être encouragé pour des raisons pratiques, mais dûment contrôlé dans ses manifestations.

C'est, très visiblement encore le cas dans notre pays depuis qu'en 1843, la Cour de cassation a condamné la clause compromissoire pourtant reconnue dans l'ancien droit, sur un argument de texte peu convaincant mais surtout avec l'affirmation dédaigneuse « *qu'on ne trouve pas chez les arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez les magistrats : la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre les jugements* » (4).

Il fallut ensuite attendre 1925 pour qu'une loi l'autorise en matière commerciale ; mais l'interdiction subsiste en matière civile, ce que confirme actuellement l'article 2061 du code civil dans la rédaction malencontreuse qu'une loi de 1972 lui a imprimée.

Loi d'autant plus malencontreuse qu'après avoir proclamé la liberté des personnes de « *compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* » (c. civ. 2059), elle s'est reprise à l'article suivant

(4) Arrêt du 10 juillet 1843, Dal.1843.1.343.

pour l'interdire non seulement sur les questions d'état et de capacité des personnes et en matière de divorce et de séparation de corps (ce qu'on peut comprendre en raison des effets *erga omnes* des jugements constitutifs d'état), mais encore « *sur les contestations intéressant les collectivités et établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

En d'autres termes, il est des personnes, il est des matières qu'on ne souhaite pas chez nous exposer à l'expérience arbitrale par crainte de léser des intérêts supérieurs, l'arbitrage étant toujours considéré comme un expédient trop dangereux pour que ces intérêts soient abandonnés aux mains des arbitres.

Or cette vision législative pessimiste de l'arbitrage ne devrait plus avoir cours. D'une part en effet, les motifs de méfiance n'ont tenu qu'à l'insécurité relative de la chose arbitrale ; or, de nos jours, il y a été remédié. D'autre part et corrélativement, le moment devrait être venu de reconnaître et de proclamer résolument l'existence d'un *droit à l'arbitre* non moins digne d'être garanti que le *droit au juge* (5), c'est-à-dire cette aspiration légitime des personnes à la « *protection juridictionnelle des droits* », qu'exprime le droit constitutionnel et qu'a rappelé tout récemment un jugement du Tribunal de grande instance de Paris : jugement portant condamnation de l'Etat, reconnu responsable des délais indécents d'évacuation des causes qui semblaient prévaloir devant une cour d'appel voisine (6).

*
**

Il y a d'abord quelque chose d'incohérent dans la survivance de ces restrictions, incohérent parce que la méfiance dont elles témoignent est sélective

(5) J.M. Varaut, « *Le droit au juge* », Paris 1991.

(6) T.G.I. Paris 6 juillet 1994. Gaz.Pal. 25.08.94, p. 37.

et parce qu'elle est devenue absurde, dès lors que la sécurité juridictionnelle requise est assurée.

Cette méfiance n'est pas le seul fait de l'Etat français ; elle était encore récemment très largement partagée dans le monde et elle le demeure dans trop de pays.

Ainsi, en dépit du progrès gigantesque qu'elle fit faire à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères ou internationales, la Convention de New York de 1958 a laissé aux Etats adhérents la faculté de ne pas l'appliquer aux rapports de droit considérés comme non commerciaux par leurs lois nationales — et il fallut attendre jusqu'à 1989 pour que la France lève cette réserve. De plus, la possibilité leur a été assurée de refuser reconnaissance ou exécution des sentences, quand ils considèrent que l'objet du différend n'est pas arbitral selon leur propre loi ou que la sentence est contraire à la conception qu'ils se font de leur ordre public ; or c'est une notion dont chacun connaît l'élasticité.

Il est vrai que notre pays donne l'apparence d'être plus en avance que beaucoup d'autres dans l'esprit libéral dont on dit qu'il est animé à l'égard de l'arbitrage.

Dans un développement jurisprudentiel qui n'est plus à décrire et que les décrets de 1980 et 1981 portant réforme du droit français de l'arbitrage national et international ont consolidé, voire amplifié, une politique judiciaire de l'arbitrage a fait que nous sommes finalement allés plus loin que la Convention de New York : par exemple nous admettons constamment qu'une sentence internationale puisse faire l'objet d'un exequatur en France même si elle n'est pas définitive, même si elle a été annulée dans le pays où elle a été rendue, parce que nous lui attribuons une vitalité propre indépendamment de son entrée dans l'ordre juridique de ce pays ou dans d'autres (Cass. civ.I. 23 mars 1994,

Hilmarton c/ OTV) (7). Admirable jurisprudence qui consacre dans l'ordre international la capacité des parties, non seulement de créer la loi par le libre accord de leurs volontés, mais celle de constituer le propre juge de leur accord, en sorte que de telles conventions font tout ensemble la loi des parties et le juge de cette loi !

De plus, nous n'écarterons une sentence qu'au nom d'une conception atténuée de l'ordre public, celle que traditionnellement nous nous faisons de l'ordre public international.

C'est que nous nous sommes progressivement rendu compte, dans un mouvement auquel nous avons d'ailleurs nous-mêmes contribué, de l'émergence d'un corps de règles à peu près universellement reconnues.

Celles-ci tendent simultanément à l'épanouissement de l'arbitrage et à son établissement sur des bases juridiques solides, offrant aux usagers les garanties de sérieux, d'objectivité, de sérénité, d'indépendance, de neutralité et d'efficacité que chacun, Etat législateur, juge du contrôle, praticien et justiciable reconnaît indispensables.

Ces garanties font tous les jours leurs preuves sur la scène internationale, et pas seulement en matière commerciale et le droit tout entier se nourrit de leurs progrès.

On pourrait donc se dire qu'il existe désormais et dans le monde entier une sorte de banalisation de l'arbitrage, élevé au rang d'institution ou de procédure parfaitement reconnue et admise comme mode normal de solution des différends.

Mais, nous Français, en dépit de ces avancées, nous conservons des timidités inattendues, comme des pudeurs effarouchées. Ainsi, conservons-nous

(7) Rev. Arb. 1994, n° 2 p. 327, note Jarrosson.

un double régime, où l'arbitrage domestique reste sujet à des restrictions délaissées en matière internationale, telle l'interdiction de la clause compromissoire dans les actes non commerciaux ou mixtes, alors pourtant que sa validité est largement reconnue dans le monde. Selon donc qu'il s'agit de l'une ou de l'autre, la liberté de compromettre est plus ou moins étendue, comme s'il avait fallu faire sur la scène internationale des concessions inévitables en faveur du développement du commerce, l'Etat jouissant encore d'une marge soit pour fermer la voie de l'arbitrage à certaines personnes ou dans certaines matières (et c'est l'article 2060) soit pour en rendre la prévision quasiment impossible (et c'est l'art. 2061).

Mais pourquoi ces restrictions ? Pourquoi ces inégalités de traitement ? Pourquoi penser que ce qui, à nos propres yeux, pourrait être bon pour des anglais ou des polonais dans une relation économique donnée, civile aussi bien que commerciale, ne serait pas à la portée des français ? Pourquoi ce nationalisme à rebours et de plus, à contre-courant ?

Pouvons-nous encore faire obstacle à la recherche de solutions arbitrales de leurs différends des personnes publiques ou privées lorsqu'elles en éprouvent le besoin ? Voit-on même qu'il existe une différence de nature entre arbitrage national et international et qui fasse que pour une même sorte d'affaire, le premier soit moins accessible au justiciable français, public ou privé, que le second, la différence tenant à un simple fait d'extranéité dans sa relation avec une autre personne ? D'autres législateurs, par exemple les Pays-Bas, ont déjà fait litière de cette anomalie (8).

Ces différences de traitement sont devenues absurdes si nous considérons aujourd'hui ce qui est désormais acquis en droit positif français, par l'effet

(8) The Netherlands Arbitration Act, 1986.

des conventions, des décrets en vigueur et de la jurisprudence constante.

Il est d'abord établi que l'arbitre, qui exerce un pouvoir juridictionnel, est et doit demeurer indépendant de toutes les parties, même de celles qui le désignent ; qu'il est astreint au secret du délibéré ; que si, à l'instar d'un juge, il ne saurait être poursuivi en responsabilité personnelle à raison d'un maljugé, il est comptable de la manière dont il exerce ses diligences. La sentence arbitrale est assimilée à un jugement (art. 1476 N.C.P.C.) ; elle a autorité de chose jugée aussitôt qu'elle a été rendue.

Néanmoins, les tribunaux de l'Etat sont et demeurent investis d'un pouvoir de contrôle qui est essentiel et qui, pour être réduit au minimum selon les conventions internationales ou les lois nationales qui le définissent, investit l'arbitrage des garanties de justice libre, égale, équitable, dont l'arbitrage a passé et passe encore dans trop d'esprits, pour être dépourvu.

Il ne s'agit pas d'un appel, bien entendu, à moins que les parties ne l'entendent ainsi selon la faculté que nos textes leur accordent. Il s'agit d'une sorte de contrôle de cassation destiné à garantir le respect de la légalité dans ce qu'elle a de fondamental touchant en particulier à la liberté et à l'égalité des parties.

Liberté des parties : il est de la nature de l'arbitrage d'être un instrument conventionnel. La liberté contractuelle est en jeu et, dans les faits du négoce, elle participe de la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie.

Il importe qu'elle s'exprime dans la convention d'arbitrage. Il importe aussi qu'on s'assure qu'elle ait été librement et clairement exprimée. Il ne faut pas qu'à l'occasion d'un rapport de droit, une personne ait été atraite dans une procédure arbitrale sans qu'elle l'ait réellement voulu, ni qu'elle en soit

privée contre sa volonté. D'où le contrôle légitime des Etats garantissant aux parties que l'arbitre est bien celui qu'elles ont choisi, que la constitution du tribunal arbitral a été conforme à leur volonté, qu'il a bien statué en vertu d'une convention d'arbitrage réelle, valide et en vigueur, et seulement sur le litige qui lui a été soumis.

Egalité des parties : de bout en bout, les parties qui ont voulu l'arbitrage n'ont certainement pas voulu être entraînées dans un débat déloyal et devant des juges privés qui ne seraient pas neutres et impartiaux. D'où, là encore, le concours de la juridiction d'Etat pour écarter ou annuler toute sentence rendue par un tribunal arbitral à la constitution duquel les parties n'auraient point participé à égalité de droits, ou celles qui seraient résultées d'un débat non contradictoire ou, plus généralement, d'une procédure où les droits de la défense auraient été violés.

Enfin, pas plus qu'un juge, un arbitre ne saurait enfreindre les règles de l'ordre public ; même atténuées en matière internationale, même réduites à l'idée d'un « *ordre public transnational* » ou « *véritablement international* », ces règles s'imposent à tous. Et c'est à tel point qu'après une certaine période d'hésitation, notre jurisprudence a admis qu'il n'y avait rien d'inarbitrable en matière internationale sous prétexte d'ordre public, les arbitres étant pleinement compétents et non le contraire, pour dire le droit en la matière, et pour valider ou invalider eux-mêmes des droits selon qu'ils sont ou non conformes à cet ordre public (9).

On en vient ainsi à constater qu'avec habileté et sur la base de traités ou de décrets intelligemment interprétés et appliqués par ses juges, notre Etat a accepté un large développement de l'arbi-

(9) Paris, 1^o ch. 29 mars 1991, Ganz, Rev. Arb. 1991-478, note L.Idot ; 19 mai 1993, Labinal c/ Mors et Westland Aerospace, Rev. Arb. 1993-645, note Jarrosson.

trage par la prise en compte des besoins auxquels celui-ci doit répondre sans pour autant le laisser verser dans l'anarchie. Ce faisant, il est entré dans une dialectique où, forte de la sécurité juridique que lui procurent les textes et la jurisprudence, l'aspiration légitime des personnes au bénéfice d'un procès équitable, qui est un droit intangible, trouve à s'épanouir dans l'arbitrage. Une liberté s'affirme, qui tient du droit de la personne à la protection juridictionnelle effective de ses intérêts et que nous oserons appeler le droit de choisir son juge, si nécessaire, en dehors des tribunaux ou, par simplification, le droit à l'arbitre.

Il serait temps qu'on en saisisse l'esprit et qu'on le reconnaisse dans ses multiples implications.

*
**

C'est un devoir pour l'Etat de fournir aux citoyens un accès libre et effectif à la justice. Le droit d'agir en justice est assez naturel pour figurer au rang de ces « *principes fondamentaux... du régime de la propriété, des droits civils et des obligations civiles et commerciales* » que l'article 34 de la Constitution réserve à la compétence du législateur (10). Sa mise en œuvre effective postule la reconnaissance d'un droit spécifique de l'individu à ce que la Cour de Justice des Communautés européennes désigne, pour sa part, sous l'expression de « *protection juridictionnelle des droits* » et qui, selon elle, fait partie des principes généraux du droit qui trouvent leur base dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (11).

On sait que, de son côté, le Conseil constitutionnel s'est employé, chaque fois qu'il en a eu l'occasion, à garantir aux juridictions de France,

(10) Décision du Conseil constitutionnel, n° 80-119 du 2 décembre 1980, Rec. p. 74.

(11) C.J.C.E. 15 mai 1986, Dame Johnston, Dal 1986, IR 454, obs. Louis Cartou.

qu'elles soient judiciaires ou administratives, l'indépendance, érigée au rang de principe de valeur constitutionnelle, sans laquelle cette protection ne serait pas assurée : indépendance personnelle des juges, inamovibilité des magistrats du siège, restriction du pouvoir d'invalidation par le Parlement des décisions de justice en sont des exemples parmi d'autres (12).

Mais ce n'est pas assez de disposer de juges indépendants et d'offrir aux citoyens un accès libre et égal au service public de la justice. Faut-il encore que ce service public réponde adéquatement au besoin de justice de l'individu en remplissant exactement sa mission.

Ici apparaît la notion de droit au procès équitable. Il ne semble pas qu'on en trouve l'affirmation ni dans les préambules ni dans les articles de nos constitutions. Mais plusieurs traités internationaux auxquels la France est partie l'ont accueillie comme un précepte fondamental et de valeur universelle : ainsi l'article 14.1 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (13) ; et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (14).

Il s'ensuit que le droit à l'arbitre dès lors qu'il vise à établir un mode de solution des litiges capable de répondre à cette aspiration aussi bien et souvent mieux que les tribunaux établis, postule sa reconnaissance au rang des principes fondamentaux de valeur constitutionnelle à deux titres équivalents : d'une part, en lui-même, il traduit la liberté contractuelle des parties de déterminer le meilleur

(12) Genevois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs, p. 277 n° 451 et suiv.

(13) Pacte du 19 décembre 1966 publié en France le 1^{er} février 1981, Clunet 1981, p. 399.

(14) Art. 6 § 1 C.E.D.H. : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial établi par la loi... ».

for possible au regard des impératifs de neutralité, disponibilité, discrétion, rapidité et indépendance que peut commander objectivement la solution de leurs différends selon leurs besoins légitimes correctement appréciés ; d'autre part, il peut exprimer, en cas de carence, d'inadéquation, d'insuffisance, ou d'absence d'indépendance des tribunaux ordinaires dans un pays donné, leur volonté d'établir une juridiction destinée à les remplir de ce droit au procès équitable.

S'il en est bien ainsi, et puisque les Etats, par le biais du contrôle de type cassatoire qu'ils se sont ménagé, sont en mesure de veiller à ce que les arbitres ne contreviennent pas aux principes essentiels de liberté et d'égalité des parties qui fondent leur pouvoir éphémère de juger, d'une part, on ne discerne plus guère de raisons de restreindre l'accès à ce type de juridiction ; d'autre part, on ne comprend pas les motifs pour lesquels il est devenu de bon ton dans certains milieux de le dénigrer et de le fuir.

Ecartons, tout d'abord, une raison démagogique : il existerait, lit-on parfois « *une justice à deux vitesses : l'une rapide et efficace, exprimée grâce à l'arbitrage, expédient coûteux et inégalitaire ; l'autre, lente et inadaptée, réservée aux cours et aux tribunaux* » (15).

Mais outre qu'il n'est pas écrit d'avance que, dans certaines affaires difficiles, les arbitres aillent plus vite que les tribunaux, au nom de quel principe supérieur devrait-on interdire aux justiciables qui sont prêts à en payer le prix, de choisir pour juges, au lieu d'un tribunal d'Etat, une ou plusieurs personnes privées investies et dignes de leur confiance particulière, pour des raisons d'une légitimité indiscutable ?

(15) T.S. Renoux, le droit au recours juridictionnel, Sem.Jur.1994, doct. n° 3675.

On a pu faire valoir aussi l'inconvénient du caractère éphémère de la mission de l'arbitre. On ne saurait nier qu'il y ait là un facteur de fragilité, mais par un dispositif approprié, déjà en partie mis en place et qu'on pourrait compléter, il est possible après que le tribunal arbitral a épuisé ses pouvoirs, de parer aux problèmes inopinés d'interprétation (16) ou de révision des sentences en cas de fraude (17).

Plus sérieusement, on affirme parfois que le droit au juge postule, entre autres garanties, celle de la publicité des débats, comme le montre l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais il a bien été admis que les débats puissent ne pas être publics en matière de procédure disciplinaire, et même devant le juge étatique d'appel, si la personne poursuivie ne l'exige pas (18) ; la solution devrait être la même à l'égard de l'arbitrage, alors que la publicité des débats reparait nécessairement devant la juridiction du contrôle de la validité ou de l'exécution des sentences devant laquelle il faut toujours mais il suffit que « *l'égalité des armes* » reprenne ses droits comme l'a dit ailleurs la Cour de Paris, en tant que juge d'appel des décisions du Conseil de la concurrence (19).

De quelque côté qu'on l'envisage, la justice arbitrale n'est donc plus l'auxiliaire subalterne, le parent pauvre de la justice d'Etat, celui qu'on regarde d'un œil soupçonneux au moment où il agrandit sa place au soleil. C'est au contraire une justice équivalente, un autre mode d'administration de la justice, non moins digne de soins que celle de nos Palais.

(16) V. par exemple art. 1475 al. 2 du nouveau code de procédure civile.

(17) Cass. civ. I, 25 mai 1992, Fougerolle c/ Procofrance, Rev. Arb. 1993 p. 91 et de Boissésou, l'arbitrage et la fraude, ibidem p. 3.

(18) V. pour les avocats, D. 27 novembre 1991, article 16.

(19) Paris I Conc. 26 avril 1994, Gaz.Pal. 23-24 sept. 1994, p. 25.

Dès lors, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas possible à des particuliers non commerçants, pour leurs contrats civils, de stipuler à l'avance une convention d'arbitrage, quand bien même ces contrats n'auraient rien d'international. Il n'est guère que dans les matières de statut personnel où d'ailleurs tous les droits ne sont pas à la libre disposition des parties qu'on puisse et même on doit réserver la compétence exclusive des tribunaux. Dans tous les autres, et sauf à prendre quelques précautions pour empêcher le fort d'abuser de son droit contre le faible, ainsi qu'il a déjà été suggéré (20), l'accès à l'arbitrage devrait être reconnu tout à fait libre, même d'avance par voie de clause compromissoire.

On ne voit pas davantage pourquoi, nos arbitres ne pourraient pas être compétents dans l'ordre interne comme dans l'ordre international, pour décider eux-mêmes ce qui est d'ordre public ou ce qui ne l'est pas.

On ne voit pas non plus pourquoi les personnes publiques françaises qui peuvent compromettre lorsqu'elles contractent dans les conditions du commerce international, ne le pourraient pas dans l'ordre interne.

Certes on peut comprendre que l'Etat se l'interdise à lui-même : sujet de droit entièrement libre et maître de ses décisions, il n'est après tout pas plus obligé de compromettre que n'importe qui, sauf à lui démontrer que ce n'est pas toujours son intérêt. Mais point n'est besoin d'une loi comme l'article 2060 pour l'en empêcher ; qu'on supprime cet article, et l'on s'épargnera le ridicule de lois de circonstance comme la loi Eurodisney dont certains publicistes contesteraient d'ailleurs l'efficacité...

(20) Ph. Fouchard, rapport de synthèse sur les Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, *Rev. Arb.* 1992 p. 381 et s.

Que l'Etat l'interdise aux établissements publics qui sont ses émanations se comprendrait encore : l'Etat y est pratiquement maître chez lui.

Mais qu'il l'interdise aux collectivités territoriales est-il bien de mise au regard du principe constitutionnel de libre administration de ces collectivités ? La question paraît mériter réflexion, au moins lorsque ces personnes ou leurs établissements passent des conventions de droit privé.

Enfin, il faudrait examiner si, à la lumière d'un principe clairement affirmé de liberté de l'arbitrage encadrée par les garde-fous du contrôle de validité des sentences sur ses garanties essentielles, la jurisprudence ne serait pas naturellement portée à certains aménagements.

Ce que nous voudrions suggérer c'est que, la liberté de l'arbitrage étant reconnue de principe, on devrait y regarder à deux fois avant de la restreindre, toute restriction devant être considérée comme une exception.

Peut-être le fameux arrêt Dutco du 7 janvier 1992 (21) n'aurait-il pas été tout à fait le même. Il a été si largement commenté pour ses implications en matière d'arbitrage multipartite qu'il n'est pas question ici de l'analyser en détail. En un mot, trois personnes étaient parties à un contrat qui prévoyait un arbitrage par trois arbitres. L'une d'elles ayant saisi la C.C.I. contre les deux autres sur le fondement de leur contrat commun mais à des fins bien distinctes, et les défendeurs ne s'étant pas entendus sur le nom de l'arbitre qu'ils avaient à désigner, la Cour d'arbitrage le leur imposa tandis que le demandeur avait pu choisir le sien librement.

Pour la Cour d'appel, le multipartisme du contrat justifiait, au nom de l'efficacité de la volonté des parties (liberté de l'arbitrage), cette sorte d'aménagement en usage à la C.C.I.

(21) Rev. Arb. 1992, p. 470, note P. Bellet.

Mais pour la Cour de cassation, le principe d'égalité avait été bafoué, et elle a cassé l'arrêt après avoir solennellement rappelé :

« ... que le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige. »

On a passablement glosé sur cette affirmation et l'on s'est demandé à l'étranger par exemple quelle pouvait être la valeur d'un principe auquel on pouvait renoncer. Cette objection n'était pas sérieuse car on connaît de nombreux principes relevant d'un ordre public de protection dont les parties peuvent bien disposer après coup (22).

On peut tout de même s'étonner que la Cour de cassation admette une renonciation à celui-ci dès la naissance du litige. Tout au plus le pourrait-on, à notre avis, après la nomination des arbitres car c'est alors que l'on peut savoir si une partie a réagi en connaissance de cause et après tout, si elle a accepté de plaider devant un arbitre qu'elle savait avoir été nommé au détriment de l'égalité, elle ne saurait plus s'en plaindre.

Mais si l'égalité des parties est une des garanties-pivot de l'arbitrage, leur liberté ne l'est pas moins.

Or on a l'impression en lisant l'arrêt que pour aboutir à l'annulation de la sentence, la Cour de cassation a tenu la convention d'arbitrage pour nulle, ayant cru y voir une renonciation anticipée illicite à l'égalité d'ordre public des parties. Ce n'était pourtant pas le cas : si le demandeur ne s'était pas simplement entêté à vouloir un arbitrage

(22) Voir sur cette question, notre étude : *« L'arbitrage multipartite en 1992 »* (Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage 1992.2. p. 154) et Commission de l'Arbitrage International de la C.C.I. *« Rapport final sur les arbitrages multipartites »*, avril-juin 1994 » (à paraître).

unique là où la divergence d'objet de ses deux demandes permettait l'organisation de deux arbitrages distincts dans lesquels, sur la base d'une clause parfaitement saine, chaque défendeur aurait désigné « son » arbitre, chaque arbitrage aurait pu aller son train.

Ce n'est donc qu'après coup, à l'occasion de la mise en œuvre effective de la clause, et en raison d'une circonstance imprévue surgie dans le processus de constitution du tribunal, que l'égalité a été rompue. Il aurait suffi de le constater.

Il faudrait en réalité prendre soin, chaque fois que l'occasion s'en présente, de mesurer l'égalité des parties à l'aune de leur liberté, avant de trouver dans une inégalité de fait un écueil à cette liberté : la sécurité juridique de l'arbitrage paraît être à ce prix.

Mais voyons rapidement deux autres arrêts tout récents : ils concernent la question du délai d'arbitrage et de son dépassement. A la différence d'autres législations, notre droit estime que les parties ne sauraient déroger à la compétence des tribunaux ordinaires que pour un temps limité, soit celui que les parties ont elles-mêmes prévu, soit celui que les textes leur assignent (six mois en droit arbitral interne, art. 1456 NCPC). Cette règle est l'une de celles qui caractérisent le mieux l'idée surfaite que l'arbitrage est un subsidiaire toléré de la justice étatique. Tous les Etats ne partagent pas cette conception (23).

L'un de ces arrêts est de la 1^{re} chambre civile du 15 juin 1994 (24), l'autre de la 2^e chambre civile

(23) Le droit anglais privilégie la notion de « *délai raisonnable* » mais on peut demander à la Cour de mettre un terme à un arbitrage s'il devient cause de « *frustration* » parce qu'il n'en finit pas.

(24) Civ.I. 15 juin 1994, Degremont, Act. Sem. Jur. n° 27, 6 juillet 1994.

du 1^{er} juin 1994 (25). Chacun d'eux a annulé une sentence pour dépassement du délai : le premier, parce que les parties ayant prorogé le délai sans fixer la durée de cette prorogation, les arbitres laissent cependant passer le délai de six mois prescrit de toute façon par l'article 1456 NCPC ; le second parce que ce sont les arbitres eux-mêmes qui, sans mandat pour le faire, l'avaient, dans un arbitrage international, prorogé d'eux-mêmes, contrairement à un principe traduisant, selon la Cour, « *une exigence d'ordre public aussi bien interne qu'international en ce qu'il est inhérent au caractère contractuel de l'arbitrage* ».

Fort bien. La Cour de cassation a parfaitement raison de ne pas laisser l'arbitrage s'éterniser et ses motifs sont impeccables en théorie. Mais ne faudrait-il pas regarder les faits de plus près et si, après tout, les parties ont consciemment laissé les arbitres accomplir leur mission sans protester du dépassement des délais (qu'ils soient légaux ou contractuels), ne devrait-on pas y voir un silence ou une acceptation tacite non moins « *inhérente au caractère contractuel de l'arbitrage* » et à sa liberté de principe ?

Car il est trop facile de laisser aller les choses jusqu'au terme de la sentence pour ensuite, et seulement si on est déçu par la décision, en rechercher l'annulation. La liberté de l'arbitrage, c'est aussi une question de bonne foi dans l'interprétation et l'application de la convention d'arbitrage. Il serait bon de le reconnaître à tous égards, en gardant à l'esprit que cette liberté s'exerce dans la dualité des parties en cause et que, s'exerçant à deux, elle crée à chaque partie des devoirs envers l'autre. Ce ne doit donc pas être sans raisons impérieuses et sans vraie transgression du droit au procès équitable que le juge du contrôle peut être autorisé à priver l'une

(25) Civ.II. 1^{er} juin 1994, Soc. Colas et autres, Dal 1994, IR 159.

d'elles du bénéfice d'une sentence acquise. Mais annuler une sentence simplement parce que le délai est expiré et alors que le procès arbitral aura été équitable, c'est violer gravement une liberté de principe.

*
**

Est-il possible de conclure ?

Cette dialectique de la sécurité et de la liberté de l'arbitrage dont il faut rendre hommage à nos cours et aux auteurs de nos décrets n'a pas encore produit tous ses effets. Cela ne devrait pas tarder, nous l'espérons, mais peut-être deux réflexions doivent-elles d'abord venir à l'esprit.

En premier lieu, il faut dénoncer un certain paradoxe. Il est en effet des détracteurs de l'arbitrage que la proclamation de sa liberté foncière devrait désarmer : ce sont ses propres usagers, ces hommes d'affaires ou praticiens qui, au nom d'une efficacité à courte vue, se sont mis au cours de la récente décennie, à dénigrer l'arbitrage pour excès de juridisme. C'est une mode, comme beaucoup d'autres venue des Etats-Unis d'Amérique où les lawyers sont si fertiles à inventer les occasions d'affaires, et qui consiste à rechercher des solutions alternatives à l'arbitrage, lui-même alternative à la justice d'Etat : à quand les solutions alternatives aux solutions alternatives ?

Sans doute les méthodes de la conciliation, de la médiation, ou même le « *mini-trial* », sont à même de rendre de précieux services, et après tout, une mauvaise transaction réalisée par de tels procédés vaut toujours mieux qu'un bon procès, fût-il arbitral.

Mais d'une part un « *mini-trial* » est encore « *un trial* » et d'autre part, si ces mêmes personnes disent vouloir échapper à l'arbitrage, ce n'est de toute façon pas pour revenir devant les tribunaux.

Au surplus, il doit être permis de leur faire remarquer le côté illogique de leur attitude. Toute la démarche des milieux économiques a consisté jusqu'à présent à obtenir un statut de l'arbitrage aussi libre et étendu que possible, mais également aussi sûr que possible pour la sauvegarde de leurs intérêts, sécurité et prévisibilité des règles étant une condition nécessaire des affaires. Qu'on se rappelle la levée des boucliers lorsque dans le projet de réforme de 1980-1981, il avait été proposé d'ériger l'amiable composition en méthode de principe, l'arbitrage en droit étant alors l'exception !

Dans la réalité d'aujourd'hui, plus l'arbitrage est libre, et plus les garanties sont nécessaires. A l'inverse, plus les garanties existent, et plus l'arbitrage est libre. Il n'appartient qu'aux usagers d'exercer leur liberté pour décider selon leurs clauses à quel type d'arbitrage ils s'attendent : l'un formaliste et procédurier, portant ailleurs qu'à un tribunal étatique un débat contentieux classique ; l'autre, souple et adaptable, faisant trancher un différend autrement que celui-ci le ferait, avec toutes les nuances dont une telle approche est susceptible, mais simplement sans se départir des garanties essentielles auxquelles veillent les juges du contrôle.

Une fois cette intention clairement identifiée, et à cet égard, on ne voit pas non plus qu'il existe de distinction à opérer entre arbitrage international et arbitrage interne, il appartiendrait aux arbitres et le cas échéant au juge du contrôle, de faire en sorte que le type d'arbitrage voulu soit respecté dans sa mise en œuvre et que, si dérive il devait y avoir dans un sens contraire, la sentence soit exposée au risque de censure pour manquement des arbitres à leur mission.

On peut enfin, contredisant le commentaire désabusé mais empreint de vertu philosophique de ce chef d'entreprise parisien déjà cité, admettre que

l'arbitrage, quel que soit son état d'esprit, n'est pas, ne doit pas être une aventure.

En définitive, qu'il soit international ou national, l'arbitrage mérite toute l'attention des pouvoirs publics. Etant donné ses caractéristiques, l'équivalence de sa vocation et de celle de la justice des tribunaux à répondre au droit de chacun à un procès équitable, ne devrait-on pas l'encourager comme un de ces modes de rapprochement de la justice et du citoyen que nos gouvernements recherchent désespérément ?

Car il n'y a rien de paradoxal à affirmer que l'arbitrage qui, en apparence, éloigne de la justice, en réalité en rapproche.

Sans revenir à l'idéologie révolutionnaire d'après laquelle la vertu républicaine exaltée par l'éducation devait permettre selon le droit naturel à n'importe quel homme sincère jouissant dans les districts de la confiance des plaideurs, de vider les querelles de famille ou de voisinage, ne pourrait-on songer dans les cantons aux services (qu'ils soient honorés ou bénévoles est une question secondaire) de quelques hommes de bonne volonté aux décisions desquels il suffirait que les tribunaux donnent exequatur ?

On connaît de ces arbitres internationaux itinérants, un jour à Londres ou à Zurich, le lendemain à Paris, puis à New York, au Caire, à Stockholm ou ailleurs.

On se prend à rêver aussi d'arbitres forains qui se rendraient de marché en marché, tel matin à Vitré, tel autre à Balazé ou à Saint-Aubin du Cormier, hommes ou femmes intégrés que leurs concitoyens reconnaîtraient rapidement à leur sentiment du juste et de l'équitable.

Monsieur le Garde des Sceaux, vous connaissez certainement des hommes et des femmes de cette qualité-là ! Vous devriez les encourager et vous pourriez leur répéter, comme probablement tous les

jours nos magistrats se le répètent à eux-mêmes, ce que Fénelon conseillait au Duc de Bourgogne, lui adressant cette « *Direction pour la conscience d'un Roi* ».

*« Accordez à tous la tolérance civile, non en
« approuvant tout comme indifférent mais en
« souffrant avec patience tout ce que Dieu souf-
« fre, et en tâchant de ramener les hommes par
« une douce persuasion ».*

Car tel est aussi l'esprit de l'arbitrage, quel que soit l'accent mis sur le droit ou sur l'équité.

J'espère vous en avoir doucement persuadé.

REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIEVILLE

Président de l'A.F.A.

Je vous avais bien dit que nous serions admiratifs. En fait, nous sommes comblés. Prendre la parole après Jean-Louis Delvolvé est une entreprise hardie, mais je saisis au vol sa dernière évocation de l'arbitre forain, pour me demander si en fait, jadis, saint Louis n'avait pas été tout à la fois un médiateur, un conciliateur, un arbitre et un juge. En réalité, je pense qu'il a été souvent les quatre et que tout ce dont Jean-Louis Delvolvé vient de nous entretenir démontre bien le droit à l'arbitre, principe déjà évoqué par un décret de l'Assemblée Nationale proclamant, en titre premier : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, le législateur ne pourra prendre aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ». Ce décret date du 16 août 1790.

Déjà, ce choix consensuel s'inscrivait dans le droit et ce droit à l'arbitre se trouve bien, aujourd'hui, conforté dans l'éthique même de notre Association aussi bien que dans celle de tous ceux qui s'emploient à promouvoir l'arbitrage.

Je sais que Monsieur le Garde des Sceaux a eu connaissance du plan de nos entretiens et de celui de l'intervention de Jean-Louis Delvolvé. Je sais qu'il tient, malgré ses obligations, à venir nous retrouver et le Président Cambournac me semble être déjà parti à sa rencontre.

En attendant sa venue, sachez, cher Jean-Louis Delvolvé combien vous nous avez captivés. Il suffi-

sait de remarquer le silence avec lequel vous avez été écouté. C'est la démonstration de l'attention et de l'adhésion intellectuelle d'un auditoire attentif et convaincu. Une conférence comme la vôtre est enrichissante car elle fait apparaître des chemins que nous aimerons suivre et faire suivre par tous ceux qui s'attachent à l'arbitrage.

Nous devons retirer de votre conférence le droit à la rencontre arbitrale recherchée par le commerçant et par celui qui, ponctuellement, est en situation conflictuelle avec lui. Il faut comprendre leur désir commun d'apaisement dans un court délai et dans des conditions optimales. Nous ressentons l'obligation d'aménager les situations de telle sorte que le citoyen puisse se sentir protégé dans cet état de droit qui est le nôtre, certes par la justice étatique mais aussi par un processus choisi et comme Jean-Louis Delvolvé l'a parfaitement évoqué, avec ce consensus qui provoque la convention arbitrale devant apporter l'apaisement souhaité d'un conflit passager.

Je pense que Monsieur le Garde des Sceaux est sur le point d'arriver car Madame de Guillenchmidt a rejoint le Président Cambournac pour l'accueillir.

... Je vous avais bien dit que notre attente ne serait point vaine !

Merci de votre venue Monsieur le Garde des Sceaux. Nous connaissons vos charges et redoutions un empêchement ; mais vous avez fait en sorte que notre attente ne fût pas vaine ; sachez combien nous vous en sommes reconnaissants et combien nous serons heureux, sur un sujet dont vous connaissez l'importance, d'écouter vos réflexions et de connaître vos suggestions, ce dont, par avance, nous vous remercions.

ALLOCUTION

de Monsieur MÉHAIGNERIE

*Ministre d'Etat, Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice*

Messieurs les Présidents,

Mesdames et Messieurs,

Je suis désolé de vous avoir fait attendre, mais j'ai dû participer ce soir à un débat sur R.T.L. concernant les problèmes d'actualité que vous connaissez.

Il existe — et là je m'évade un peu — un devoir impératif qui consiste à faire en sorte qu'entre le monde économique et l'entreprise et, d'autre part, la justice, ne s'établisse un mur de méfiance.

A cet égard, je crois que des contacts sont pris avec l'Association des magistrats instructeurs et d'autres associations pour trouver les voies d'une meilleure compréhension. Je reste persuadé que dans les discussions à venir dans les prochaines semaines, il est important d'éviter les faux débats. Nous aurons bien sûr parmi les grands débats publics celui du problème du chômage et de la formation professionnelle et de la protection sociale, puisque dans ce domaine tout est lié. Je reprends souvent la formule de Monsieur Cohen qui disait que les Français ont jusqu'ici plus facilement accepté le chômage que les moyens qui permettraient de le résoudre. Il faut convaincre de la nécessité de s'imposer une discipline et des efforts si nous voulons revenir, ce qui est possible, à 7 ou 8 % de taux de chômage. Est-ce que chacun est décidé à accepter cette discipline ?

Le deuxième grand débat, et je pense être au cœur du problème, vise les exigences d'éthique, de justice et de morale. Je crois que dans les années 80, la zone grise s'est étendue, comme le disait Alain Bon dans une revue de qualité de la Fondation Saint-Simon. Il nous faut remonter la pente. Nous sommes en train de le faire. Non pas que la morale ait changé en un an, mais il faut constater ce qui est : les poursuites sont engagées, les procédures d'instruction se déroulent normalement et les sanctions tombent. La peur peut être un commencement de sagesse et c'est ce que je ressens sur le terrain. Aujourd'hui, les affaires qui apparaissent sont des affaires d'il y a deux, trois, quatre ou cinq ans. Et je redis que dans la réalité, sur le terrain aujourd'hui, les actes de corruption sont en diminution. Il nous faut poursuivre et remonter la pente.

Le problème est que, s'il faut remonter la pente, il faut aussi préserver les individus de la publicité qui est faite de leur personne. C'est tout le problème de la protection de la présomption d'innocence et des relations médias/justice. C'est l'une des principales discussions que nous avons décidées d'engager avec le Sénat, pour arriver à un meilleur équilibre.

Responsabilité : il n'appartient pas au pouvoir d'arrêter le cours de la justice et je crois l'avoir démontré, mais, en échange, il faut créer une responsabilité pour protéger les droits de la personne. C'est le deuxième débat.

Il y a aussi d'autres débats dont vous connaissez aussi bien que moi les termes. Doit-on ou non aller vers un système décentralisé ? J'estime, lorsque je vois au cours des quarante dernières années, l'évolution des sociétés, que les sociétés décentralisées obtiennent de meilleurs résultats que les systèmes centralisés. Dans un monde complexe, dans une société complexe, c'est en développant la capacité d'initiative et de créativité que l'on a le plus de

chance, en définitive, de s'adapter rapidement et de réhabiliter la responsabilité.

Et puis, bien sûr, il y a un dossier auquel je suis attaché : celui de la construction européenne. A cet égard, sans faire de publicité pour la C.D.U./C.S.U., j'adhère aux propositions qui tendent à concilier l'exigence d'élargissement car nous ne pouvons pas dire non aux pays de l'Europe centrale. Mais, en même temps, on peut trouver une solution à la question de la nécessité de l'approfondissement de l'Union Européenne, sans que personne ne se sente rejeté par l'idée d'une Europe à plusieurs cercles. Voilà un débat essentiel.

Je rejoins le sujet qui m'a été confié, en regrettant de ne pas avoir été présent pour bénéficier de la richesse de vos travaux. Que puis-je apporter à ce débat ? Je crois qu'il ne faut pas opposer l'arbitrage à la justice, institution étatique. La justice est, par excellence, un attribut de la souveraineté ; elle en présente tous les caractères : indépendance, objectivité, permanence, gratuité, publicité. C'est la vérité. Mais d'un autre côté, l'arbitrage ne serait qu'un mode volontaire et ponctuel de règlement des conflits dictés par des impératifs économiques, ou sociaux.

Votre regretté Président Jean Robert ne définissait-il pas l'arbitrage comme l'institution d'une justice privée, grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance de la mission de les juger ?

Connu dès l'Antiquité, l'arbitrage s'est développé dans le droit interne et international lorsque le service public de la justice ne pouvait, dit-on, donner toute satisfaction. A la rapidité, la spécialisation et la souplesse de l'un, s'opposeraient la lenteur, l'aspect généraliste et formaliste de l'autre. Permettez-moi de dire très clairement que s'il y a une part de vérité dans ces propos, je ne puis

souscrire à l'intégralité de cette présentation. Il est vain d'opposer l'arbitrage à la justice dans un combat dont nul vainqueur ne saurait raisonnablement sortir. Nous connaissons tous les mérites de chaque institution, nous n'en ignorons pas non plus les faiblesses. Aussi, mon propos d'aujourd'hui n'est pas de dresser un panégyrique de tel ou tel mode de règlement des conflits.

Alors que le Sénat va examiner dans les trois prochaines semaines le programme pluriannuel pour la justice, je tiens devant vous à réaffirmer la volonté qui est la mienne et celle de l'ensemble du Gouvernement, de faciliter à tous, du simple particulier à l'entreprise, le règlement des litiges, d'assurer l'écoute des plaignants et de permettre à chacun d'obtenir rapidement, plus rapidement qu'aujourd'hui, une réponse adaptée aux difficultés auxquelles il est confronté et bien sûr dans ce programme, si améliorer l'accès à la justice est un objectif prioritaire, il n'exclut pas d'autres modes de résolution des conflits.

Vous savez que, dans le cadre de ce projet, la conciliation et la médiation tiennent une place très importante, ne serait-ce que parce qu'aujourd'hui nous sommes soumis à une progression du contentieux civil, de l'ordre de 4 à 5 % par an et qu'il ne faudrait pas qu'à une société déjà très administrée s'ajoute une société du contentieux qui ne serait pas la meilleure réponse à nos problèmes d'aujourd'hui.

Il est apparu, en effet, nécessaire que le juge saisi d'une affaire puisse en toute circonstance recourir à ces procédures de conciliation et de médiation. En permettant l'intervention d'un tiers qualifié dans le cadre de l'instance judiciaire, elles favorisent le règlement rapide et pacifique des litiges sous le contrôle du magistrat compétent.

Les parties qui sollicitent un arbitrage poursuivent le même objectif d'efficacité et d'apaisement,

tout en recherchant une réponse extra-judiciaire, jugée plus adaptée à leur problème. Cette volonté commune fait pour moi de l'arbitrage un mode à part entière de résolution des conflits.

Je crois profondément que la diversité des modes de résolution des litiges, loin d'être l'expression d'une inégalité insupportable, est une source de richesse.

Nul ne contestera que les besoins de justice des uns et des autres proviennent souvent de circonstances de nature différente. Entre le désir, qui par exemple anime un industriel, de continuer des rapports d'affaires délicats, après avoir aplani un différend avec un partenaire commercial et celui manifesté par un père ou une mère, au paroxysme d'une crise familiale, et qui soumet au juge un conflit relatif à l'autorité parentale, il y a un grand pas. L'un et l'autre types de litiges doivent être considérés pour nous avec une égale attention et trouver leur solution grâce au mode de résolution le plus adapté.

L'appareil judiciaire et la puissance d'exécution qu'il comporte constitue, pour vaincre l'inertie et pour résorber les passions, pour combattre les pressions, un instrument sans pareil. L'arbitrage et la volonté des parties qui le sous-tend, conduisent ainsi l'arbitre à rechercher l'adhésion. Cette souplesse permet d'apporter la réponse la plus appropriée, je dirais même la plus affinée, aux circonstances d'espèces souvent nuancées ou fluctuantes. Je pense notamment au contexte économique et social. A cet égard, l'arbitrage doit avoir la juste place qu'il mérite.

L'arbitrage est un droit, il n'est pas une discrétion.

L'article 2059 du code civil l'énonce clairement :
« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

La liberté de l'arbitrage est posée. Il existe, pour reprendre l'expression de Maître Delvolvé, un droit à l'arbitre. Mais toute liberté ne se conçoit qu'au regard de l'ordre public qui fonde les règles fondamentales de nos sociétés. L'individu ne peut transiger sur les valeurs éthiques et démocratiques qui nous gouvernent. L'arbitrage ne peut avoir un champ d'application indéfini ; en revanche, dans la sphère qui est la sienne, il doit constituer un instrument efficace.

C'est en ce sens qu'il convient d'apprécier la portée de la réforme intervenue au début des années 80, qui a introduit dans le nouveau code de procédure civile un livre sur l'arbitrage.

En renforçant les pouvoirs des arbitres, en supprimant les dispositions tracassières et surannées, en accroissant la collaboration de la justice institution étatique — la réforme a permis d'assurer l'efficacité de l'arbitrage dont chacun aujourd'hui se loue. Mais les textes ne font pas tout. Si l'arbitrage s'est ainsi enraciné dans nos mœurs, il le doit pour beaucoup à des associations, comme l'A.F.A. qui contribuent très largement à sa qualité.

Nul doute que la poursuite de votre action permettra de développer encore dans l'intérêt général, et lorsque les circonstances s'y prêtent, cet instrument régulateur des conflits.

Par votre compétence et votre dynamisme, vous avez su faire taire les vaines querelles, tant il est vrai que la multiplicité des voies offertes aux citoyens afin de satisfaire leurs demandes de justice est révélateur d'un état de droit.

A ce titre, je tiens tout particulièrement à vous en remercier et à féliciter en cette fin de journée la qualité d'une audience aussi nombreuse.

Cela montre que l'arbitrage est une institution importante et parfaitement respectée.

CONCLUSIONS

de Monsieur le Bâtonnier Francis MOLLET-VIÉVILLE

Président de l'A.F.A.

Merci Monsieur le Garde des Sceaux. Vous avez bien voulu nous donner votre point de vue. J'en retiens que l'arbitrage auquel vous êtes favorable, vous apparaît, comme l'a excellemment démontré Jean-Louis Delvolvé une façon utile de régler une difficulté opposant deux commerçants sans pour autant que le juge étatique intervienne obligatoirement, si non pour contrôler la régularité de la procédure arbitrale adoptée et celle de la sentence prononcée.

Si vous le permettez, ma conclusion sera faite à l'adresse du Président Cambournac.

Cher Président et ami, vous avez adopté tout à l'heure un néologisme en évoquant le « partenariat » pour qualifier nos entretiens et nos travaux. En réalité, ce mot vient, depuis une époque récente, du mot « partenaire ». Partenaire, c'est celui qui joue ou qui danse avec quelqu'un. Ainsi donc je vous propose comme conclusion à nos travaux, et en vous exprimant à nouveau la reconnaissance de l'A.F.A., pour votre accueil, que nous poursuivions nos études et enrichissions nos contacts de telle sorte qu'ils représentent un « compagnonnage de travail », mais que, si vous le voulez bien, nous continuerons à danser ensemble.

