

Le développement conceptuel de la pratique arbitrale

Julien CANTEGREIL

École normale supérieure (Ulm) - Université Paris I

Il était naturel qu'un volume des *Archives de philosophie du droit* fût un jour consacré à l'« arbitrage », mode de résolution des conflits ancestral s'il en est. Plusieurs de ses responsables, Henri Motulsky, Bruno Oppetit, François Terré... lui avaient déjà consacré des réflexions approfondies.¹ D'autres avaient participé à des arbitrages d'importance considérable.

C'est désormais chose faite. Fidèle à sa fonction d'« archives », la revue livre à la doctrine des sources d'importance. La contribution de François Terré sur « l'Arc-en-ciel et le droit » revient ainsi de façon inédite sur l'affaire du *Rainbow Warrior*. La revue s'engage dans cette réflexion à un moment hautement paradoxal puisque l'arbitrage a rarement été autant utilisé, notamment en matière commerciale et d'investissement, et si publiquement contesté. L'année 2008 l'illustre de façon édifiante, en France avec les polémiques entourant le recours en arbitrage dans l'affaire *CDR c/Tapie*² mais aussi à l'étranger, comme en témoignent aux Etats-Unis les discours sur l'ALENA de deux candidats à l'investiture démocrate, aujourd'hui Président et Secrétaire d'État.³ L'échec des négociations sur l'Accord multilatéral sur l'investissement, il y a dix ans déjà, dit assez ce que peuvent engendrer cette incompréhension et

1 V. H. Motulsky, « La nature juridique de l'arbitrage » in *Écrits*, Paris, Dalloz, 1974, t. II ; Br. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998 et François Terré, « L'arbitrage comme essence du juridique », *Liber Amicorum Claude Reymond – Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004.

2 L'intégralité de la sentence arbitrale dans l'affaire *CDR c/Tapie* est accessible sur <http://fr.calameo.com/read/000000009c8e3b3477360> (consultation au 15 janv. 2008). V. antérieurement la décision n° 2007-552 DC du 1^{er} mars 2007 (la mesure, insérée par un amendement du Gouvernement et qui tendait à habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relatives au recours à l'arbitrage par les personnes morales de droit public, a été déclarée dépourvue de tout lien avec l'objet du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs) et *Rev. fr. dr. constit.* 2007, p. 580, note O. Le Bot ; *AJDA* 2007, p. 502, note Z. Ait-El-Kadi ; *D.* 2007, p. 645, note A. Astaix ; *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2007, p. 5. V. aussi le Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, *Rev. arb.* 2007, p. 651, avec obs. J.-L. Delvolvé p. 373 et S. Lemaire p. 407 ; *JCP, éd. A.* 2007, p. 2093, entretien avec D. Labetoulle.

3 Tout aussi emblématiques sont les propos de Rahm Emanuel, Chef de Cabinet du Président Obama, in « A New Deal for the New Economy », *The Wall Street Journal* 19 mars 2008, p. A1.

cette critique. Tel était le contexte, mais aussi l'impulsion, qui présidèrent à la réalisation de ce volume.

La majorité des textes ici réunis furent présentés au colloque annuel de l'Association française de philosophie du droit en novembre 2008. Ils couvrent un spectre presque exhaustif des formes contemporaines d'arbitrage : droit privé interne, droit international public⁴ et commercial mais aussi les terrains injustement moins fréquentés par la doctrine que sont le droit public interne grâce aux contributions de Marie-Anne Cohendet et Renaud Denoix de Saint Marc, jusqu'aux terrains de sport grâce à la contribution de Georges Durry. Ensemble, ils ouvrent à des questionnements sur l'essence, les potentialités et la juridicité de l'arbitrage.

I. L'« essence » de l'arbitrage tout d'abord. Qu'il y en ait une n'est pas évident pour au moins trois raisons. Malgré une pratique ancestrale, l'arbitrage a eu des manifestations très diverses au cours de l'histoire. Anne Lefebvre-Teillard montre ainsi que les traits caractéristiques de l'arbitrage visé dans le Nouveau Code de Procédure Civile (sa distinction avec l'amiable composition, l'existence de l'exequatur et l'appel des sentences) trouvent tous leur origine dans l'époque médiévale, et qu'il faut revenir à cette genèse particulière pour comprendre l'intégration actuelle de cette forme d'arbitrage dans l'ordre juridique domestique. Laurence Kiffer ne dit pas autre chose, bien qu'elle se place à l'autre extrémité du spectre des arbitrages – un arbitrage cette fois-ci international. Cette deuxième sorte d'arbitrage n'est pas moins liée que la première à une situation particulière : une configuration spécifique entre l'avocat, l'arbitre et le juge, un contexte international favorisant la flexibilité des procédures, la concurrence croissante que lui fait la possibilité de se tourner vers la résolution amiable des litiges.

Ces deux contributions le rappelaient déjà : l'arbitrage est toujours lié, ensuite, à des configurations d'acteurs spécifiques. Anne Lefebvre-Teillard mentionne l'importance du droit savant et de la jurisprudence lors de l'époque médiévale. Laurence Kiffer note l'influence des relations entre l'arbitre, le juge et l'avocat pour l'arbitrage commercial contemporain. Les textes de ce volume aident à souligner la contribution spécifique de deux acteurs. D'une part, le juge. Le principe de compétence-compétence donne naturellement à l'arbitre un contrôle sur la sentence internationale dont la spécificité est d'être détachée de l'ordre juridique de l'État d'origine, susceptible d'être reconnue et exécutée dans tout pays d'accueil et ce, même si elle a été annulée dans son pays d'origine. Pour autant, comme le souligne Jean-Pierre Ancel dans sa contribution sur « L'arbitrage international en France », il revient au juge étatique de garantir le respect par l'instance arbitrale du procès équitable, de l'ordre public international et d'une limitation stricte de la définition et de la mise en œuvre des causes d'annulation ou de refus de reconnaissance. Le juge interne est en ce sens le garant de la circulation

⁴ La présentation du Juge Gilbert Guillaume, « Les États dans l'arbitrage » n'a malheureusement pu être reproduite ici.

internationale des sentences. La contribution de Pierre Tercier sur « L'arbitrage et les entreprises » souligne l'importance d'un second acteur, trop négligée en doctrine alors qu'essentielle en pratique : les organismes privés. Tant il est vrai qu'à côté de la qualité des arbitres, la qualité, l'indépendance et la fiabilité des institutions d'arbitrage contribuent à donner aux sentences arbitrales une valeur en droit au moins équivalente aux jugements rendus par les tribunaux étatiques.

Ces deux premiers facteurs de relativité de l'arbitrage (au contexte historique, à d'autres acteurs que les seuls arbitres) expliquent largement l'existence d'une troisième forme de relativité, à première vue plus surprenante : par rapport à ses éléments trop vite dits « constitutifs ». On le voit naturellement en matière de compétence arbitrale, et en particulier de « séparabilité » (*separability*). S'il estime que la notion de « compétence-compétence », correctement restreinte, continue de guider utilement la résolution des problèmes d'attribution de compétence arbitrale, Georges Bermann plaide ainsi dans sa contribution sur « Le rôle respectif des cours et des arbitres pour déterminer la compétence arbitrale » pour restreindre l'utilisation du principe de séparabilité. Que les analystes constatent donc des écarts par rapport à certains éléments prétendus constitutifs ne les empêchent pas d'apprécier parfois, réciproquement, l'importance d'éléments traditionnellement exclus. Dans l'analyse qu'il fait de « L'*imperium* de l'arbitre », David Chekroun revient ainsi sur la négation traditionnelle du pouvoir d'*imperium* de l'arbitre. Il ne fait certes aucun doute que l'*imperium summum* relève de la souveraineté territoriale de l'État et l'*imperium merum* du juge étatique. Mais il se pourrait bien que l'*imperium mixtum*, exprimant une injonction intellectuelle dénuée de pouvoir de contrainte matérielle, revienne dans une certaine mesure à l'arbitre. Cette troisième forme de relativité peut prendre des formes extrêmes. Dans sa contribution sur « L'arbitrage du Président de la République », Marie-Anne Cohendet propose de ne pas reconnaître au Président de la République le bénéfice du pouvoir d'arbitrage que la Constitution de la V^e République lui confère et que la doctrine a interprété d'une façon censée limiter les abus qu'il pourrait en faire. Les présidents auraient en effet « interprété » si largement ce pouvoir d'arbitrage, qu'il l'aurait « transformé » en un pouvoir de direction, et ce au risque de créer un déséquilibre de nos institutions et de potentiels abus de pouvoirs.

Et pourtant, ces trois formes de relativité de l'arbitrage n'empêchent pas de présupposer l'existence d'une « essence » de l'arbitrage. Laquelle ? Le fait de se prononcer sur le champ, selon Georges Durry dans sa contribution sur « L'arbitrage sur les terrains sportifs ». Le fait de régler des litiges par opposition au fait d'instituer une politique juridique, selon Hélène Ruiz Fabri dans sa contribution sur « L'ORD : une forme d'arbitrage ? ». Ou encore, le fait que les parties ont une liberté dans l'engagement et la modalité de ce mode de résolution définitive des disputes, selon Pierre Tercier dans son intervention sur « L'arbitrage et les entreprises »...

Il serait difficile à ce stade d'extraire de ces contributions une « essence » de l'arbitrage qui emporte le consensus sans qu'elle soit excessivement générale. Mais l'essentiel est ailleurs. L'absence de définition de l'« essence » de l'arbitrage et la relativité des manifestations de ce dernier n'empêchent pas les auteurs de ce volume d'opérer de salutaires distinctions, notamment les deux suivantes. Il ressort par exemple des considérations de Renaud Denoix de Saint Marc sur « L'arbitrage interministériel » que le prétendu « arbitrage » du Premier ministre est un faux ami puisqu'il ne satisfait pas aux critères juridiques de l'arbitrage :⁵ il n'est pas juridictionnel, n'est pas toujours fondé sur des considérations juridiques, n'est pas rendu entre des sujets de droit, ne résulte pas d'un compromis d'arbitrage et ne représente pas l'office d'un tiers puisqu'il a lieu au sein de la personne morale qu'est l'État. Dans sa contribution précitée, Hélène Ruiz Fabri démontre en outre que, bien que trois formes de règlement des différends de l'OMC soient expressément qualifiées d'arbitrage, quelques uns ne satisfont pas à certains de ses critères essentiels. Surtout, leur fonctionnement et le rôle qu'ils jouent habituellement dans le système ne sauraient permettre de concevoir ce dernier dans son ensemble comme un arbitrage : l'effet de la phase d'appel et le développement corrélé d'une jurisprudence unifiée l'éloignent de l'arbitrage et le rapprochent du règlement judiciaire. Telles sont quelques-unes des conclusions ici atteintes et ce, même si reste inachevée la détermination de l'« essence » de l'arbitrage, dont Adolf Reinach, phénoménologue platonicien, nous disait pourtant que sa détermination formait le but de l'entreprise philosophique en droit.⁶

II. La pratique contemporaine de l'arbitrage ouvrait d'autres pistes de réflexion, que les présentes contributions sont venues en partie alimenter. Certaines seraient éminemment juridiques comme la détermination des standards d'appel⁷ ou les règles de conflits de normes.⁸ D'autres, d'ordre fondationnel, relèveraient de l'entreprise philosophique au sens général du terme. Elles portent notamment sur l'ancrage de l'arbitrage dans la liberté – de choisir une forme privée de règlement des différends, de laisser les arbitres déterminer eux-mêmes leur propre compétence... Ainsi que dans la volonté – comme source du pouvoir arbitral et de la juridicité de la décision qui en résulte. Ces interrogations sont susceptibles d'être analysées par les outils les

5 Au sens d'un « mode, parfois dit amiable ou pacifique mais toujours *juridictionnel*, de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la *convention* des parties. », V. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 7^e éd. 2005.

6 V. Adolf Reinach, « De la phénoménologie », *Philosophie*, Paris, Les Éditions de Minuit, n° 21, 1989.

7 V. not. l'introduction et les études rassemblées par W. M. Reisman & G. Aguilar-Alvarez (dir.), *Reasoning in International Investment Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

8 Qu'on nous permette de renvoyer à J. Cantegreil, « Implementing Human Rights in the NAFTA Regime. The Potential of a pending case : *Glamis Corp. v. USA* », in P.-M. Dupuy, Fr. Francioni & E.-U Petersmann (dir.), Oxford, Oxford Univ. Press, 2009.

plus classiques de la philosophie. Et elles sont essentielles tant il est vrai, comme le rappelait G. Gurvitch, que « c'est à sa plus ou moins grande capacité de résoudre la question des sources du droit positif que l'on juge de la fécondité ou de l'impuissance de toute théorie du droit ».⁹

Les pistes de réflexion que prolongent les présentes contributions touchent davantage à la philosophie politique. Les contributions de Jacques Barthélemy sur « L'arbitrage : avenir du droit social ? », et de Michel Friocourt sur « Arbitrage et propriété intellectuelle » participent de cette réflexion normative sur les potentialités de l'arbitrage dans les domaines domestique et international. Jacques Barthélemy propose d'accorder davantage de place au contrat, spécialement à la convention collective, dans le droit du travail sans rendre pour autant ce dernier moins protecteur. Sa proposition dépasse le seul droit du travail pour toucher aussi au droit de la sécurité sociale, notamment la protection sociale complémentaire qui est aussi un droit du contrat. Cette stratégie générale de réduction du rôle de la loi au profit de celui du contrat ouvre une place éminente aux procédures d'arbitrage, puisque l'auteur prétend continuer à assurer une grande sécurité juridique.

L'analyse de Michel Friocourt porte quant à elle sur la propriété intellectuelle. Bien qu'elle vive une période d'harmonisation internationale, son régime juridique reste encore largement territorial. Lorsqu'il applique le droit, l'arbitre peut dans une certaine mesure recevoir le droit choisi par les parties mais il ne saurait être irrésistiblement attiré par celui de la situation de l'invention. La réserve d'ordre public à l'arbitrage, prérogative étatique traditionnelle, voit actuellement se transformer sa composante d'ordre public international. Lié à la portée internationale de sa sentence mais aussi aux tensions propres à la matière, il se pourrait que l'arbitre saisi d'un litige doive (l')élever et décider en considération de la portée effective de la sentence sur le litige. Tant il est vrai que la culture mondialiste de l'arbitrage n'est plus seulement fondée sur des considérations procédurales mais sur une vision universelle des droits de propriété intellectuelle, pourtant régis par des lois nationales. Telles sont deux parmi les nombreuses pistes de réflexion de philosophie du droit, et plus largement de philosophie politique, qu'ouvrent les potentialités futures de l'arbitrage.

III. Quelles que soient les incertitudes ontologiques sur l'essence de l'arbitrage, ce dernier possède de nombreuses potentialités politiques qu'il faut interroger en tant que telles. Nous venons d'en voir deux exemples, qui suffisent à légitimer une troisième forme de questionnement, qui relève cette fois spécifiquement de la philosophie *du droit* : elle porte sur la place de l'arbitrage par rapport à la justice.

9 G. Gurvitch, *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 138. Cité par E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de La Haye, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 19.

Henri Motulsky le notait parfaitement : le mode de règlement des différends qu'est l'arbitrage, à la fois peu formaliste et assez expéditif,¹⁰ n'exprime pas un refus de justice mais la volonté d'administrer autrement la justice.¹¹ Bruno Oppetit notait qu'il y aurait entre la justice arbitrale et la justice étatique « dualité de légitimité mais communauté d'éthique et de fin, diversité de voies et de moyens mais unité fonctionnelle ». ¹² On a même pu avancer que la relation triadique dont procède l'arbitrage est « l'essence même du droit ». ¹³

Or ce questionnement sur le rapport entre droit, arbitrage et justice est fondamental lorsqu'il s'agit d'aborder, non seulement la question de l'essence de l'arbitrage mais aussi son devenir. Il touche à des aspects divers (ordre public arbitral...),¹⁴ Alec Stone Sweet et Florian Grisel contribuent à cette recherche d'une façon inédite dans leur article sur « L'Arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif ». Leur approche n'est pas étrangère à de nombreux travaux passés des *Archives de philosophie du droit* : malgré quelques différences avec les approches de Santi Romano et Joseph Raz, elle relève d'une perspective globalement institutionnaliste. Les auteurs puisent à de nombreuses sources (l'anthropologie juridique, la théorie des jeux, la théorie des systèmes et la psychologie sociale) pour construire un modèle d'interaction circulaire de trois éléments – la dyade, la triade, et la « structure normative » – dont ils prétendent qu'il rend compte de la constitution, du maintien et de la modification d'une structure normative. Étant entendu que l'émergence de phénomènes jurisprudentiels et les débats portant sur l'adjonction d'un système d'appel au mécanisme arbitral de règlement des différends leur font conclure à une judiciarisation du système arbitral international. Ils en concluent que l'arbitrage international – aussi bien commercial que d'investissement – est un mécanisme triadique de création normative en cours de juridicisation. C'est avancer, de façon très neuve, que la juridicité de l'institution arbitrale est envisageable en l'absence même de système de contrainte et donc, d'ordre juridique au sens de la doctrine positiviste.

Essence, potentialités et juridicité de l'arbitrage, telles sont trois parmi les nombreux domaines de réflexion auxquels contribuent les textes ici présentés, dans l'espoir d'approfondir les recherches sur l'arbitrage à un moment capital du développement et de l'expansion du recours en arbitrage.

julien.cantegreil@gmail.com

10 Sur la dérive processuelle de l'arbitrage et le développement de modes de résolution des conflits alternatifs à l'arbitrage lui-même, V. déjà Th. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution*, University of Illinois, 1989 (médiation, conciliation, « mini-procès »...).

11 H. Motulsky, « La nature juridique de l'arbitrage », *art. cit.*

12 Br. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 35.

13 Fr. Terré, « L'arbitrage comme essence du juridique », *Liber Amicorum Claude Reymond – Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 309.

14 Sur ce point, V. É. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, p. 66 et s.