



HAL
open science

Une variété de transactions : la convention d'arbitrage.

Vincent Heuzé

► **To cite this version:**

Vincent Heuzé. Une variété de transactions : la convention d'arbitrage.. Revue de l'arbitrage, 2015.
hal-01463955

HAL Id: hal-01463955

<https://paris1.hal.science/hal-01463955v1>

Submitted on 9 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Une variété de transactions : la convention d'arbitrage¹.

par

Vincent Heuzé

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Directeur de l'Institut des assurances de Paris-Dauphine

A la mémoire de Chrysoula Panou

1. La détermination de la nature d'une institution juridique est une opération souvent délicate. Car le droit ne relève pas des sciences de l'observation : il est une construction. Partant, il est d'abord et avant tout la traduction de choix, et donc d'une politique dont l'analyse juridique, qui a pour objet d'en révéler les conséquences logiques, dépend nécessairement. Or les choix politiques ne s'embarrassent guère de considérations logiques : ce à quoi ils sont utiles, et ce pour quoi ils sont donc faits, concernent seulement des solutions, c'est-à-dire le régime applicable à l'institution. Nombre des difficultés que ces choix provoquent vient cependant de ce que leur expression passe par l'emploi de certaines notions dont la signification peut ne pas toujours exactement correspondre à celle qu'en retient l'analyse juridique, pour ses propres besoins.

2. Lorsqu'il en va ainsi, et que ces notions sont relatives à la nature de l'institution en cause, l'interprète ne peut généralement hésiter qu'entre deux partis. S'il a toutes les raisons de croire que l'impropriété manifeste de la terminologie qu'il constate est purement involontaire, il doit conclure avoir affaire, du point de vue de l'analyse juridique, à une simple « maladresse de rédaction », dépourvue de la moindre conséquence. Au contraire, s'il lui apparaît qu'elle est délibérée, il est en présence d'une « fiction », qui sert à rendre applicable un régime préalablement défini pour une institution de nature différente, et sa tâche consiste alors à rechercher jusqu'à quel point s'impose l'assimilation recherchée.

Toutefois, il ne peut jamais être exclu que ce soient les instruments de l'analyse juridique eux-mêmes qui s'avèrent défectueux. Il faut alors reconsidérer les critères des catégories en usage et, le cas échéant, se résoudre, mais seulement en désespoir de cause, à admettre l'existence d'une catégorie nouvelle dont il reste alors à dégager les caractères distinctifs.

3. Et cependant, cette démarche critique n'est pas toujours celle qui prévaut. En présence de choix politiques qui sont, ou qui paraissent constitués d'emprunts à des institutions différentes, on conclut parfois à leur hybridation. Mais cette conclusion trop facile est sans

¹ Je remercie Pierre Mayer, Sylvain Bollée, Benjamin Rémy et Charles Jarrosson d'avoir bien voulu relire cet article et attirer mon attention sur diverses précisions qu'il appelait.

valeur. Même parée de la prétendue vertu du pragmatisme, ou du réalisme, qui n'a pourtant aucun sens en l'occurrence, dans la mesure où la qualité d'une analyse dépend exclusivement de sa rigueur, elle n'a pas d'autre mérite que sa nécessaire fidélité au droit positif : par définition, elle lui serait tout autant conforme si celui-ci était différent ! Autrement dit, céder à cette facilité revient fondamentalement à renoncer à l'analyse et donc aussi bien à débusquer les éventuelles contradictions du droit positif qu'à rechercher les moyens de les surmonter.

4 Tel est ce dont paraît bien aujourd'hui pâtir le droit français de l'arbitrage. On sait que, pendant longtemps, deux approches se sont opposées dans ce domaine. Selon la première, l'arbitre ne devant ses pouvoirs qu'à un accord des parties, sa mission serait de nature contractuelle. Pour la seconde, l'arbitre ayant, à l'instar du juge, à trancher un litige, sa mission serait de nature juridictionnelle. D'un point de vue purement théorique, chacune de ces deux analyses est certainement défendable. Mais les conséquences qui s'en suivent pour ce qui concerne le régime de l'arbitrage, relatif aussi bien à ses conditions qu'à ses effets, sont fort différentes, si bien qu'elles devraient obliger à un choix.

Pourtant, c'est ce choix que se refuse à faire notre droit positif, sous l'influence d'une approche qui se présente comme une position médiane, ou de compromis : quoique d'origine contractuelle, l'arbitrage serait de nature juridictionnelle. Ces deux propositions étant radicalement incompatibles elles produisent de nombreuses incohérences, qui sont à l'origine de graves difficultés pratiques² autant que théoriques, lesquelles s'étendent d'ailleurs bien au-delà du seul domaine de l'arbitrage. C'est ainsi tout particulièrement qu'en droit international privé des contrats, elles sont directement à l'origine des thèses qui, sans aucunement contester que l'appareil de contrainte des Etats demeure la seule garantie du respect de ces derniers, visent néanmoins à établir que les droits étatiques des obligations contractuelles ne servent rigoureusement à rien³.

Mais pour ce qui concerne strictement l'arbitrage lui-même, elles obligent à une telle déformation des concepts servant à la description de son régime qu'elles leur font perdre en réalité toute signification et les rendent par conséquent radicalement impropres à l'explication des solutions positives.

5 C'est bien entendu la notion de « pouvoir juridictionnel » qui est au cœur de toutes les difficultés. Il est à cet égard révélateur que MM. Mayer et Théry, qui s'accordent à la fois sur la nécessité de distinguer cette notion de celle de « compétence » et sur le sens qu'il convient de donner respectivement à l'une et à l'autre, parviennent en l'occurrence à des conclusions opposées. Selon Philippe Théry, il ne saurait être question d'évoquer une quelconque « compétence » des arbitres : lorsque, à l'occasion d'un litige, une discussion s'élève sur le point de savoir si celui-ci peut ou pouvait être tranché par eux, c'est en réalité leur qualité de juge, c'est-à-dire leur pouvoir de juridiction, qui est en cause⁴. Au contraire, Pierre Mayer considère que parler du pouvoir de juridiction de l'arbitre serait à ce point déformer la définition de cette notion qu'elle aboutirait à exclure « le sens dans lequel l'expression est

² Pour une description très récente, et particulièrement impressionnante, d'un certain nombre d'entre elles, voy. not. C. Debourg, *La contrariété de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ, 2012.

³ En particulier, on sait que la principale ambition, sinon la raison d'être même, de la théorie de la *lex mercatoria*, est de convaincre que l'arbitre ayant à « trancher conformément aux règles de droit » un litige contractuel, pourrait s'acquitter de sa mission en se fondant à des règles extra étatiques, et que, par contagion ou assimilation, la même liberté devrait être admise pour les tribunaux étatiques.

⁴ Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence (études de droit international privé)*, th. Paris II, 1981, p. 20, note 2.

employée à propos des juges étatiques »⁵. C'est pourquoi il préfère se référer à la notion de compétence de l'arbitre, tout en concédant qu'elle ne peut convenir qu'en « l'élargissant légèrement »⁶.

On ne prendra pas parti dans ce débat puisque, comme on le verra, il nous semble permis d'en contester jusqu'à la raison d'être. On se bornera donc pour l'instant à prendre acte de ce que ni l'une ni l'autre des deux notions ne convient parfaitement. Et puisqu'elles visent toutes les deux à rendre approximativement compte de la même réalité dans le cadre de l'arbitrage, on les tiendra très provisoirement pour synonymes. Mais on se gardera de perdre de vue cette hésitation conceptuelle fondamentale, qui n'est évidemment pas étrangère à bien d'autres incertitudes qu'engendre la position doctrinale dominante.

6 C'est ainsi qu'affirmer que l'arbitre dispose d'un pouvoir juridictionnel d'origine conventionnelle signifie deux choses, qui sont aujourd'hui considérées comme intimement liées : d'abord, et positivement, que le pouvoir de l'arbitre lui est attribué par les parties elles-mêmes ; ensuite, et négativement, que le pouvoir de l'arbitre ne lui est pas attribué par l'État, de sorte qu'il consiste à rendre une « justice privée » ou « arbitrale », par opposition à « la justice étatique ».

7 Toutefois, une première difficulté surgit déjà, qui consiste à identifier la « convention des parties » de laquelle résulterait ce pouvoir juridictionnel de l'arbitre. S'agit-il de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire de celle (accord compromissaire ou compromis) par laquelle les intéressés prévoient de recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges ? Si c'est bien en ce sens que se prononcent de nombreux auteurs, on ne saurait cependant l'admettre. Car dans l'immense majorité des cas, l'arbitre est inconnu, faute d'avoir déjà été désigné. Il n'est donc pas, et ne peut pas être, l'une des parties à cette convention, laquelle, par voie de conséquence, est impuissante à lui conférer personnellement un quelconque pouvoir. Dans ces conditions, la convention d'arbitrage a seulement pour objet d'obliger les parties à s'accorder sur le nom d'une personne à l'effet de lui attribuer, par sa désignation en qualité d'arbitre, une mission consistant à « trancher » les litiges déjà nés ou pouvant surgir entre elles. S'il pourrait donc être (très provisoirement) permis d'en déduire que, par le fait même, cette convention oblige les parties à recourir à la « justice arbitrale », il est en revanche interdit de considérer que c'est d'elle que tiennent leur pouvoir les personnes privées qui seront finalement chargées de rendre cette « justice arbitrale ».

Faut-il alors considérer que la convention « à l'origine du pouvoir juridictionnel » de l'arbitre est celle qui lie celui-ci aux personnes que le litige oppose, c'est-à-dire la convention que l'on qualifie parfois, pour la distinguer de la convention d'arbitrage elle-même, de « convention d'investiture » ou de « contrat d'arbitre » ? Cela suppose que cette convention existe réellement et qu'elle présente un caractère tripartite, c'est-à-dire qu'elle soit conclue entre l'arbitre d'une part, et chacune des deux parties au litige, d'autre part : n'est-ce pas de *ces deux parties* que l'arbitre doit conjointement recevoir le pouvoir de régler leur différend ? En pratique cependant, ces deux conditions sont loin d'être toujours réunies.

8 Ainsi, la convention d'arbitrage prévoit souvent que les parties choisiront chacune un arbitre et qu'un troisième arbitre sera désigné d'un commun accord par les deux premiers. Lorsque ce « commun accord » peut effectivement être trouvé, l'origine conventionnelle des

⁵ P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, vol. 217, n° 3, p. 329.

⁶ *Ibid.*, p. 330.

pouvoirs du troisième arbitre ne peut être contestée⁷. Mais qu'en est-il de ceux des deux autres ? Par définition, c'est-à-dire d'après les termes mêmes de la convention d'arbitrage, ces derniers sont unilatéralement choisis par chacune des parties. De cette définition conventionnelle, qui correspond d'ailleurs à ce que l'article 1452 du Code de procédure civile *impose*⁸ dans tous les « cas d'arbitrage par trois arbitres », il ne résulte pas seulement que serait nécessairement artificielle, c'est-à-dire contraire à la réalité observable, toute construction visant à établir que l'accord conclu entre chaque partie avec l'arbitre qu'elle désigne (la convention d'investiture) attribuerait *systématiquement* à celui-ci un pouvoir qui lui serait également, quoiqu'implicitement, accordé par l'autre partie, par l'effet d'un blanc-seing tacite⁹. Il en résulte surtout l'obligation logique de rejeter cet artifice puisque, quels qu'en soient les termes, il laissera toujours inexplicite la différence qui sépare le mode de désignation des arbitres : de toute évidence, si les parties décident de recourir à trois arbitres, dont deux sont respectivement choisis par chacune d'elles, c'est que les pouvoirs de ces deux arbitres ne sont pas conçus de la même façon que ceux du troisième ou d'un arbitre unique. Est-il alors bien certain que les pouvoirs d'origine conventionnelle des arbitres sont néanmoins tous de la même nature ou, plus exactement, qu'ils sont toujours de nature juridictionnelle ... si l'on suppose qu'ils le sont parfois ?

9 *A fortiori* a-t-on les plus grandes peines à se convaincre de l'origine conventionnelle des pouvoirs de l'arbitre lorsqu'aucun accord ne peut être trouvé à propos de l'identité de ce dernier ou lorsque l'une des parties refuse de participer à l'arbitrage. Sans doute faut-il toutefois réserver l'hypothèse où la convention d'arbitrage a elle-même prévu un mécanisme permettant de remédier à la difficulté : si elle confie à un tiers, déterminé ou déterminable objectivement, et quelle que soit la qualité qu'on doit alors reconnaître à ce tiers¹⁰, la désignation de l'arbitre, il demeure permis de rattacher à « la convention des parties » le pouvoir de celui-ci.

La situation est très différente en revanche lorsque les personnes que le litige oppose ne se sont pas accordées sur un tel mode de désignation de l'arbitre. Dans ce cas, un certain nombre de législations nationales, devenues semble-t-il très rares aujourd'hui, écartent toute possibilité d'exécution en nature de la convention d'arbitrage. Il s'ensuit d'une part, que les juridictions étatiques retrouvent alors leur « compétence », d'autre part que les arbitres qui, le cas échéant, ont déjà été régulièrement désignés ne peuvent exercer le pouvoir qu'ils sont réputés tenir de l'accord liant « les parties ».

10 A tort ou à raison¹¹, le droit français adopte, par principe, une position différente¹². Selon l'article 1452 du Code de procédure civile, en effet, c'est au « juge d'appui », c'est-à-

⁷ L'expérience montre d'ailleurs que le « commun accord » en question est davantage celui des parties elles-mêmes que des deux arbitres qu'elles ont choisi chacune, puisque ceux-ci ne manquent jamais, avant de désigner la personne à laquelle ils songent pour exercer la fonction de troisième arbitre, de s'y faire spécialement autoriser par leur « mandant ».

⁸ Cf CPC, art. 1461.

⁹ Cet artifice, ou cette fiction, était incompatible avec les termes de l'alinéa 2 de l'article 1452 du code de procédure civile, dans sa rédaction résultant du décret du 12 mai 1981, puisque celui-ci ne subordonnait la désignation de l'arbitre à un accord des deux parties au litige que dans le cas où cet arbitre avait informé celles-ci qu'il supposait « en sa personne une cause de récusation ». L'abrogation de ce texte par le décret du 13 janvier 2011 ne modifie en rien la solution : elle vise simplement à retirer à celle des parties qui n'a pas désigné cet arbitre le pouvoir de discrétionnairement juger du bien-fondé de la cause de récusation « supposée ».

¹⁰ On verra que les analyses doctrinales dominantes, qui distinguent l'arbitrage *stricto sensu* de « l'arbitrage contractuel » ou du mandat, conduisent à douter qu'il serait lui-même un arbitre : *infra*, n° 11.

¹¹ La solution, certainement défendable si la *nature* de la mission de l'arbitre est *juridictionnelle*, nous semble au contraire contestable si elle est contractuelle.

dire au président du tribunal de grande instance, qu'il revient de désigner l'arbitre. Et lorsque l'arbitrage est « interne », cette solution *s'impose* en vertu de l'article 1461, nonobstant toute convention contraire. On ne voit donc plus alors très bien comment il faut comprendre que le pouvoir que l'arbitre reçoit ainsi du juge, le cas échéant *à l'encontre même de la convention d'arbitrage*, doit néanmoins être considéré comme d'origine conventionnelle¹³. Car s'il est vrai que l'intervention du juge suppose l'existence d'une convention d'arbitrage, on a déjà dit que celle-ci, à défaut de préciser l'identité de l'arbitre, ne peut suffire à fonder le pouvoir de la personne privée même à laquelle cette qualité d'arbitre sera finalement attribuée. Si bien qu'il nous semble qu'en choisissant l'arbitre, c'est le juge qui investit celui-ci de ses pouvoirs, en lui enjoignant tout au plus de respecter les modalités que, le cas échéant, la convention d'arbitrage a fixées pour leur exercice.

Et cette conclusion nous paraît davantage s'imposer encore lorsque les parties au litige ne sont pas celles que lie l'accord d'arbitrage. On sait en effet que la jurisprudence française n'hésite pas à déclarer obligées par un tel accord des personnes qui n'y ont pas consenti mais qui exercent des droits qu'elles tiennent de l'une des parties, en vertu, par exemple, d'un mécanisme de subrogation légale. On a critiqué ailleurs cette solution, en ce qu'elle contredit le droit au juge des intéressés¹⁴. Elle n'en a pas moins pour effet que l'affirmation de l'origine conventionnelle des pouvoirs de l'arbitre désigné par le juge d'appui sur cette base est cette fois radicalement et irrémédiablement indéfendable : il n'existe aucune convention unissant les parties entre elles, non plus que l'arbitre à elles¹⁵. N'est-il pas curieux que cette circonstance soit cependant sans aucune influence sur le régime de l'arbitrage ?

11 À cette première difficulté relative à la convention qui serait « à l'origine » des pouvoirs de l'arbitre s'en ajoute une deuxième qui consiste à distinguer l'arbitre investi de « pouvoirs juridictionnels d'origine conventionnelle » des autres arbitres. Car à son tour, cette question suscite la discussion.

Ainsi, on oppose communément à « l'arbitrage juridictionnel », qui est régi en France par le Code de procédure civile, ce que l'on propose souvent d'appeler « l'arbitrage contractuel » dont l'archétype serait constitué par celui qu'envisage l'article 1592 du Code civil, propre à l'hypothèse où le prix dans la vente est « laissé à l'arbitrage d'un tiers » : en dépit de cette référence de la loi à la notion *d'arbitrage*, le « tiers » en question ne serait pas

¹² Cette position par principe différente est sujette à des exceptions dont l'identification précise dépend toutefois de la définition qu'on retient de l'arbitrage : voy. *infra* n° 51 et s. pour ce qui concerne notamment « l'arbitrage » visé par l'article 1592 C. civ..

¹³ Il va de soi que cette objection ne se ramène nullement à celle qui, au début du siècle dernier, conduisait les partisans du dogme de l'autonomie de la volonté à contester la nature contractuelle des effets attachés à un contrat par la loi ou la décision d'un juge. Ainsi, nul ne disconvient plus aujourd'hui que la garantie des vices cachés, ou que la rémunération du mandataire fixée à un tribunal, a une nature contractuelle en raison du fait qu'elle a pour *cause* un contrat (de vente ou de mandat). Pour autant, nul ne songerait à contester que *l'origine* de la garantie réside dans la loi tandis que celle de la rémunération devant être versée par le mandant réside dans le jugement en ayant défini le montant. Or en l'occurrence, la question qui est ici envisagée ne concerne pas la cause des pouvoirs de l'arbitre, qui est évidemment constituée par la convention d'arbitrage, mais *l'origine* de ces pouvoirs lorsque l'arbitre est désigné par un juge.

¹⁴ V. Heuzé, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? » : *D.* 2011, p. 2811.

¹⁵ La *métaphore* à laquelle correspond l'affirmation que les droits de l'ayant cause lui sont « transmis » par son auteur ne peut en fournir une explication. En effet, les droits subjectifs ne sont pas des choses qui se transmettent physiquement, mais une simple projection au niveau individuel des effets qu'une règle abstraite attache à la réunion, dans une hypothèse concrète, des conditions auxquelles elle subordonne ces effets. Par conséquent, la métaphore de la « transmission » peut servir à *justifier la qualification contractuelle* des droits « transmis », mais non *pallier le défaut de fondement* à une quelconque « transmission ».

un arbitre véritable d'après l'analyse dominante, parce que la mission qui lui est confiée ne serait pas de nature juridictionnelle. Mais parce que de cette distinction dépendrait l'application de régimes différents, on devrait s'attendre à ce qu'elle reposât sur un critère précis. L'abondance du contentieux en la matière et la fréquence des désaccords de la doctrine à propos des solutions concrètes retenues suffisent pourtant à démontrer qu'il n'en va pas ainsi.

12 Enfin, l'analyse dominante provoque une troisième série de difficultés, relative au régime des sentences arbitrales, lequel varie selon que la sentence concerne un arbitrage « interne » ou un arbitrage « international ou étranger ». Lorsqu'elle met un terme à un arbitrage interne, c'est-à-dire un arbitrage « franco-français », elle est sujette à un recours en annulation, voire également, si les parties en conviennent expressément (CPC, art. 1489), à un appel. En revanche, lorsqu'elle est l'aboutissement d'un arbitrage international ou étranger, elle doit faire l'objet d'une procédure de « reconnaissance ». Et c'est à nouveau par le caractère juridictionnel de la sentence que l'on justifie habituellement cette dernière solution. Mais, ce faisant, on malmène une fois de plus les concepts au point de les priver de toute signification.

13 En droit international privé, en effet, la méthode de la reconnaissance n'est nullement commandée par *le caractère juridictionnel* d'un acte : elle est celle qu'implique *le caractère concret des normes juridiques étrangères*, qu'elles soient ou non juridictionnelles, qui servent de fondement juridique à une prétention. Voilà pourquoi, comme l'a si bien montré Pierre Mayer, elle est celle qui s'applique nécessairement à un moratoire légal, une mesure d'expropriation ou une loi de nationalisation, qui n'ont pourtant aucun caractère juridictionnel¹⁶. Autrement dit, si on applique la méthode de la reconnaissance aux décisions des tribunaux étrangers, ce n'est pas en tant qu'elles sont – donc : à condition qu'elles soient – de nature juridictionnelle : c'est en tant qu'elles expriment, et par conséquent fixent, sur une question donnée, la position d'un ordre juridique étranger dans lequel elles produisent des effets constituant, du point de vue du for, une réalité à la fois incontestable et irrémédiable. En effet, parce qu'elles sont efficaces dans le pays de leur origine, il serait parfaitement vain, pour ce for, d'en nier l'existence, autant qu'il serait inconcevable pour lui d'en prononcer la nullité. Par conséquent, l'unique question qui se pose à lui est de savoir si elles peuvent également produire leurs effets, ou certains seulement d'entre eux, sur son propre territoire et à quelles conditions. Tel est l'objet de la méthode de la reconnaissance. Mais telle est aussi la raison de contester qu'elle est bien celle à laquelle on soumet les sentences arbitrales.

Comme l'ont en effet remarqué les auteurs de deux thèses encore récentes¹⁷, pour faire application de cette méthode en la matière, il faut supposer que les sentences sont des normes juridiques jouissant, comme telles, d'une efficacité certaine dans un ordre juridique étranger. Mais lequel ? Sans doute prétend-on parfois qu'il s'agirait d'un ordre « transnational » ou « supranational ». Mais on sait que cette allégation se heurte à un profond et très légitime scepticisme. Car il ne suffit pas *d'affirmer* l'existence d'un tel ordre juridique, ou d'en proposer une définition suffisamment accueillante pour en rendre la réalité théoriquement défendable. Il faudrait fournir une double *démonstration* : d'abord celle de cette existence même, en tant que réalité observable sociologiquement et politiquement (si c'est un « ordre juridique », il implique une organisation tangible) ; ensuite, celle que les sentences arbitrales

¹⁶ P. Mayer, *La distinction des règles et des décisions en droit international privé*, Dalloz, 1973.

¹⁷ S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *Économica*, 2004 et C. Panou, *Le consentement à l'arbitrage. Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS, 2011.

sont, selon les propres critères de cet ordre juridique, des normes émanant de celui-ci et jouissent donc, en tant que telles, d'une incontestable efficacité en son sein. Or ni l'une ni l'autre de ces deux démonstration n'est en l'état proposée, et il est infiniment douteux qu'elles aient la moindre chance de l'être.

Au surplus, lorsqu'on soumet à reconnaissance les sentences « internationales » aussi bien que « étrangères », ne présume-t-on pas que ces dernières (par exemple, des sentences « internes » allemandes ou italiennes) ont pour origine un ordre juridique autre que « l'ordre transnational » en question ? Mais suppose-t-on pour autant qu'elles constituent des normes de l'ordre juridique de leur provenance suggérée (l'ordre juridique allemand ou italien), alors que l'on considère de façon semble-t-il unanime aujourd'hui que les sentences « internes françaises » ne sont pas des normes de l'ordre juridique français ?

En tout cas, de ce que l'on ne se soucie jamais de cette question, il résulte évidemment qu'elle est tenue pour dépourvue de pertinence. Force est donc de conclure que ce n'est pas en tant que normes d'un ordre juridique étranger au for que les sentences « étrangères » ou « internationales » sont l'objet d'une reconnaissance et que, par voie de conséquence, la « reconnaissance » en question ne correspond pas à celle qu'envisagent les méthodes du droit des « conflits de juridictions ».

14 Peut-il alors s'agir de celle que, dans le domaine couvert par les « conflits de lois », on désigne par l'expression de « méthode de reconnaissance des situations », et qui prétend depuis quelques temps concurrencer la méthode savignienne ? On ne saurait l'admettre. Car, si nébuleuses que soient, aussi bien les caractéristiques que les justifications de cette « méthode », son domaine n'en est pas moins unanimement défini par référence à la notion de « situations cristallisées dans un ordre juridique étranger »¹⁸. L'explication, à nouveau, bute donc sur l'impossibilité d'identifier cet ordre juridique de « cristallisation ».

15 En définitive, on voit donc que l'affirmation selon laquelle l'arbitrage est d'origine conventionnelle et de nature juridictionnelle, non seulement s'avère totalement incapable d'expliquer le droit positif en la matière, mais encore constitue la cause principale de son incohérence. On ne saurait d'ailleurs s'en étonner, puisqu'elle vise seulement à échapper aux conséquences dérivant inéluctablement de chacune des deux approches – contractuelle et juridictionnelle – de l'arbitrage dont elle prétend faire la synthèse.

Pourtant, si le pouvoir de l'arbitre est d'origine conventionnelle, c'est que sa nature, nécessairement, est également conventionnelle. Tel est du moins ce dont, dans sa thèse précitée, C. Panou a notamment cherché à fournir la démonstration. Si ses développements nous semblent parfaitement convaincants, ils peuvent sur certains points paraître trop elliptiques pour répondre à toutes les objections. C'est pourquoi il n'est sans doute pas inutile de reprendre la discussion.

16 Il est vrai qu'on pourrait contester l'utilité même de l'entreprise : la Cour de cassation n'affirme-t-elle pas, au moins lorsqu'est en cause un « arbitrage international », que la sentence arbitrale est une « décision de justice internationale »¹⁹, et que le tribunal arbitral de

¹⁸ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mél. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.

¹⁹ Cass. civ. 1, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali*, *Rev. arb.*, 2007, 507, rapport Ancel, note Gaillard ; *JDI*, 2007, 1236, note Clay ; *D.* 2007. 1969, obs. X. Delpech, 2008. 189, obs. T. Clay, et 1429, chron. L. Degos ; *Rev. crit. DIP* 2008. 109, note S. Bollée ; *RTD com.* 2007. 682, obs. E. Loquin.

qui elle émane, une « juridiction internationale autonome »²⁰ ? Bien plus, l'article 1465 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage interne aussi bien qu'international²¹, ne qualifie-t-il pas expressément de « juridictionnel » le pouvoir de l'arbitre ? Par voie de conséquence, le débat ne doit-il pas être considéré comme définitivement clos ?

On ne voit pas comment il serait possible de se laisser impressionner par de tels arguments d'autorité. En effet, ce n'est évidemment pas manquer de respect aux magistrats de la Cour de cassation que de considérer leurs conclusions autant sujettes à la discussion que celles de Motulsky, Goldman ou Oppetit²². Quant à l'article 1465 CPC, il résulte d'un décret²³. Or, indépendamment du fait que l'on ne parvient pas à se convaincre de la possibilité, pour un décret français, d'attribuer un pouvoir juridictionnel à un arbitre rendant un arbitrage « étranger » ou « international » (mais il s'agit peut-être là d'une simple question de mots), l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la création en France de tout nouvel ordre de juridictions. De deux choses l'une, donc : soit le décret contrevient à la Constitution, et sa compréhension de la fonction arbitrale ne peut que rester sans conséquence ; soit il respecte la Constitution parce que la loi, qu'il se bornerait à préciser, intégrerait déjà, quoique de façon seulement implicite, l'arbitrage dans la répartition du pouvoir juridictionnel en France. Mais parce qu'il est impuissant à en fournir, par lui-même, la démonstration, il ne peut alors dispenser, sur ce point, d'une vérification.

Au surplus, et en toute hypothèse, quand bien même la loi elle-même obligerait à reconnaître que l'arbitre dispose d'un pouvoir de nature juridictionnelle, il resterait encore à se demander si cette position est conforme à la réalité ou si elle est imposée à titre de fiction. Car la fiction consistant à tenir pour vrai ce qui est faux, il faudrait en rechercher la raison d'être, afin de déterminer jusqu'à quel point elle interdit de regarder en face la vérité.

Voilà pourquoi rien ne s'oppose à ce que l'on cherche à établir que, lorsque l'arbitre tient ses pouvoirs d'une convention des parties, la sentence qu'il rend est de nature, non pas juridictionnelle (I), mais purement conventionnelle (II).

I. La sentence arbitrale n'est pas un acte juridictionnel.

17 L'affirmation du pouvoir juridictionnel de l'arbitre poursuit deux objectifs. Comme on l'a vu, elle vise, mais sans y parvenir, à justifier le régime auquel sont soumises les sentences arbitrales. Mais elle est également considérée – à tort, ainsi qu'on le montrera plus loin – comme nécessaire à l'explication des conditions dans lesquelles l'arbitre doit exercer sa mission : il doit se comporter comme une juridiction *parce qu'il serait lui-même une juridiction*. Et cependant, cette affirmation est la source d'une très sérieuse difficulté.

18 La notion de juridiction, en effet, est l'objet d'une vive controverse. Et ce qui rend la discussion dont elle est l'objet remarquable est incontestablement l'impropriété radicale, du point de vue de l'arbitrage, des termes dans lesquels elle est menée.

²⁰ Cass. civ. 1, 12 octobre 2011 : *D.* 2011, 3023, obs. Clay, et 2012, 2321, obs. Bollée, *Rev. crit. DIP*, 2012, note HMW ; *JCP*, 2012, 1140, obs. Seraglini.

²¹ Cf. art. 1506 CPC.

²² Tout universitaire n'est-il pas tenu de faire sienne cette remarque d'Aristote : « j'aime bien Platon, mais davantage encore la vérité » ?

²³ Le décret du 14 janvier 2011, qui reconduit en l'occurrence une disposition de l'ancien article 1466 CPC, lui-même issu du décret du 12 mai 1981.

En effet, elle est celle dont dépendent certains enjeux *de droit processuel* ou *de droit public*, si bien que ce à quoi elle se rapporte exactement n'est pas la définition proprement dite de la juridiction : elle est exclusivement relative aux critères de *l'acte juridictionnel*, parce que les auteurs entre lesquels elle s'est développée ont toujours limité le champ de leurs investigations aux fonctions exercées par des *institutions étatiques*, et ne pouvaient donc intégrer dans leurs analyses les conséquences résultant directement de ce présupposé.

C'est de cette réalité que rend parfaitement compte l'introduction des développements que Solus et Perrot consacrent à leur examen de l'acte juridictionnel, qui mérite d'être reproduite ici : « À vrai dire, pendant longtemps les théoriciens du droit privé se sont peu préoccupés du problème. Pour eux, d'ailleurs, la recherche d'une définition se présentait (et se présente toujours) sous un aspect relativement simple : tous les actes soumis à leur analyse émanant d'organes dont le caractère juridictionnel n'est pas discutable, la seule difficulté consistait à isoler ceux qui n'ont pas pour objet de mettre fin à une contestation et qui, pour cette raison, ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée. En d'autres termes, il s'agissait de distinguer les jugements contentieux des décisions dites gracieuses, en procédant à une analyse plus approfondie des notions de contestation, de litige et d'adversaire. Mais quand, au début de ce siècle, la doctrine publiciste s'efforça de donner une consistance juridictionnelle à certains recours administratifs, il devint nécessaire de déceler les décisions qui, tout en émanant d'une autorité administrative, étaient dignes d'accéder au plan juridictionnel, avec toutes les conséquences que cette qualification entraîne normalement... Ainsi, la notion d'acte juridictionnel fit-elle l'objet de nouvelles recherches, mais dans une perspective différente de celle à laquelle avait été accoutumée la doctrine privative classique. Il ne s'agissait plus cette fois de se borner à faire un choix, parmi les actes du juge, afin de distinguer les jugements contentieux et les décisions gracieuses, mais d'isoler la fonction juridictionnelle *parmi les deux autres fonctions de l'État* : la fonction législative et la fonction administrative »²⁴.

19 Ce que cette présentation révèle clairement, est que les débats doctrinaux relatifs à l'acte juridictionnel et, *par voie de conséquence*, à la notion de juridiction, concernent une hypothèse strictement circonscrite : celle où l'entité dont la nature est discutée est *un organe de l'État*, et où, par conséquent, les actes accomplis par elle sont des actes de la puissance publique. On ne saurait d'ailleurs s'en déclarer surpris. Le pouvoir judiciaire, ou juridictionnel, ayant pour fonction de « rendre la justice », et « rendre la justice » étant, d'après la conception occidentale moderne de l'organisation sociale, l'une des principales missions de l'État, il n'y a rien *a priori* de déraisonnable à considérer que la discussion n'a de raison d'être que dans le cas où c'est par lui que cette mission est accomplie.

Ce point étant donc tenu pour acquis, comme étant, *par voie de conséquence*, tenu pour acquis le fait que la « justice » en cause est celle de l'État, plutôt que celle qui servirait de prétexte, aussi bien à une excommunication ou une fatwa qu'à n'importe quel acte de vendetta, les débats ont pu se concentrer sur deux questions : quand y a-t-il lieu pour l'État de « rendre la justice », et à quelle forme de son activité correspond l'exercice de cette fonction ? Voilà pourquoi l'analyse classique de la juridiction s'est développée autour de deux critères principaux²⁵. Le premier est celui du litige, ou plus largement de la contestation, ce qui

²⁴ Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. 1, Sirey, 1961, n° 466. Les mots soulignés le sont par nous.

²⁵ Accessoirement, on se réfère parfois également à deux autres critères, plus ou moins pertinents selon les enjeux de la discussion ; celui de l'autorité de chose jugée attachée aux actes en cause et celui tiré de la procédure suivie pour leur élaboration (principe du contradictoire, respect des droits de la défense, ...).

provoque la difficulté de sa définition. Quant au second, il concerne la signification de la *juris dictio*, c'est-à-dire de la mission qui consiste à « dire le droit ».

Mais il faut insister sur le fait que ces deux critères matériels, quels qu'en soient le sens précis et les modalités de leur éventuelle combinaison, n'ont jamais été considérés comme pouvant opérer seuls. Parce qu'ils servent à définir la juridiction *étatique*, ils viennent nécessairement, dans l'esprit de ceux qui les défendent, en complément d'un critère premier, que Carré de Malberg²⁶ qualifiait d'organique : une autorité de l'État²⁷. Et si rien n'interdit, d'un point de vue purement théorique, d'adapter ce critère, en lui substituant celui d'autorité de l'ordre juridique, afin de rendre compte d'une justice qui serait rendue au nom d'un ordre non étatique, par exemple religieux, il est en revanche impossible d'admettre qu'on puisse l'éliminer, sans autre explication, de la définition de la juridiction.

20 Pourtant, c'est à cette élimination que l'on procède lorsque l'on prétend aujourd'hui établir le caractère juridictionnel de la mission de l'arbitre. En effet, nul ne défend plus désormais l'idée, qui a longtemps prévalu en droit interne, que l'arbitre serait une juridiction de l'Etat, investie en conséquence du pouvoir de rendre la justice en son nom²⁸. On n'en persiste pas moins cependant à analyser sa fonction par référence aux critères matériels servant à distinguer, parmi les actes ou les organes de l'État, ceux qui sont juridictionnels de ceux qui ne le sont pas. Aussi bien ne peut-on être surpris par les incertitudes qui affectent leur articulation. Selon les auteurs, sinon, pour chacun d'entre eux, selon les besoins de leur démonstration, ces critères matériels se cumulent, se confondent ou varient dans leur signification.

Fondamentalement, leurs explications oscillent autour de trois présentations. Parfois, l'analyse s'exprime sous la forme d'une triple identité : rendre la justice, c'est trancher un litige ; et trancher un litige, c'est dire le droit ; si bien que dire le droit, c'est aussi bien trancher un litige que rendre la justice. Parfois, en revanche, les critères se distinguent : rendre la justice, c'est trancher un litige en disant le droit ; si bien qu'un acte qui dit le droit sans trancher un litige n'est pas plus juridictionnel qu'un acte mettant fin à une contestation indépendamment du droit. Parfois enfin, rendre la justice, c'est seulement dire le droit, même en l'absence de tout litige.

Aucune de ces analyses ne résiste à l'examen parce que les critères sur lesquels elles se fondent sont dépourvus de pertinence pour des actes non imputables à des ordres juridiques - étatiques aussi bien, si on admet l'utilité de tenir compte de leur éventuelle existence, que non étatiques. Tel est ce qu'il convient de montrer en envisageant successivement la signification qu'il est possible d'attribuer aux affirmations d'après lesquelles l'arbitre « tranche un litige » (A), « dit le droit » (B) ou « rend la justice » (C).

A) L'arbitre tranche un litige.

21 Si l'on considère le plus souvent que l'arbitre serait un juge, c'est parce que, comme un juge, il aurait à trancher un litige. Mais qu'est-ce que trancher un litige ? C'est, bien sûr, lui apporter une solution. Mais cette réponse est très insuffisante. Car la solution qui tranche le litige est-elle celle qui est formulée à son propos ou celle qui véritablement le clôt ?

²⁶ *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, t. 1, p. 268 et s.

²⁷ En ce sens, Chr. Panou, *op. cit.*, n° 19.

²⁸ Sur cette analyse, voy. *infra* n° 40 et s.

1) Émettre une opinion à propos de la solution d'un litige.

22 Ainsi, faut-il considérer que toute solution exprimée à propos d'un litige suffit à le trancher ? Il serait bien délicat de répondre par l'affirmative. Car ce serait alors attribuer une nature juridictionnelle à toute opinion émise relativement à cette solution et ramener ainsi la notion de jugement, au sens du droit, à celui qui lui est donné par la philosophie. Autrement dit, cela reviendrait à considérer, pour se borner à cette seule illustration, que si je déclare publiquement, voire estime *in petto*, que la France doit reconnaître la souveraineté de la République islamique des Comores sur le territoire de Mayotte, ou que le British Museum doit rendre à l'État grec la frise du Parthénon, j'exerce une activité juridictionnelle.

A suivre cette conception des choses, l'activité juridictionnelle serait ainsi quotidiennement exercée de multiples fois par tout un chacun à propos de n'importe quel différend.

23 Bien sûr, on objectera que cette activité, faute d'avoir été habilitée par qui que ce soit, est vouée à ne produire aucun effet. À la différence du juge, habilité par l'État, je ne tiens de personne la mission de « trancher » le litige.

Mais l'objection, précisément, concerne *l'habilitation*, c'est-à-dire l'existence du pouvoir, et non pas *la nature des actes* par lesquels celui-ci s'exerce et servent donc à le caractériser. Autrement dit, le fait que je sois dénué de tout pouvoir ne peut empêcher mon acte d'être juridictionnel au sens ici envisagé. Il interdit seulement de reconnaître ou de faire produire à cet acte le moindre effet : celui-ci est inefficace, parce que je n'ai pas été habilité à l'édicter, et non parce sa nature ne serait pas juridictionnelle.

Mais on voit aussitôt combien il est difficile de le se laisser convaincre par une telle réponse : car si l'acte est inefficace, en quoi « tranche-t-il » de litige ? Le jugement que je porte peut sans doute correspondre à celui de mon voisin ; mais il peut tout aussi bien le contredire. Si l'un comme l'autre, nous avons tranché le litige par les solutions contradictoires que nous lui apportons respectivement, le litige, objectivement, n'est pas tranché. Autrement dit, il n'est tranché que de notre propre point de vue respectif, qui n'est pertinent que pour nous.

2) Mettre effectivement fin à un litige.

24 Faut-il en déduire que le litige n'est tranché que lorsqu'il l'est *efficacement* et que, par voie de conséquence, l'acte est juridictionnel lorsque, par lui-même, il a la vertu, sinon de dissiper les *causes* de ce litige, du moins de faire cesser ses *manifestations* ? Répondre par l'affirmative à cette question provoque tout autant l'hésitation. Car si tel est bien le cas, exercent une activité juridictionnelle la mère de famille qui met un terme à une querelle entre ses enfants ; le proxénète qui obtient de l'une de ses « protégées » qu'elle respecte la zone de chalandise d'une autre prostituée ; l'homme de main qui incendie les locaux ou assassine le gérant de l'entreprise concurrente de celle de son commettant.

Ainsi compris, l'acte juridictionnel se ramènerait entièrement à la démonstration de force, à la violence physique ou morale, ou à la menace de son emploi. Si cette approche pourrait évidemment se recommander de certaines des analyses parfois défendues à propos de la définition du droit lui-même, qui refusent d'assujettir celui-ci à la défense de la justice, elle se heurte aux mêmes objections : faute d'établir aucune distinction suivant l'origine et la

fonction de la force, elle n'est d'aucune utilité, puisqu'elle n'apporte aucune réponse dans la seule situation où, pourtant, celle-ci s'avère réellement nécessaire : celle où s'exercent des forces contraires.

25 C'est ainsi que les menaces ou les violences envisagées dans les exemples précédents, non seulement peuvent être elles-mêmes une cause de litiges devant le juge étatique, mais encore et surtout, ne constituent nullement pour ce dernier une cause de règlement des différends qu'elles entendaient faire cesser : ce que la mère de famille a décidé, ce que le proxénète ou l'homme de main a imposé, n'a aucune valeur pour ce juge étatique, qui peut donc être saisi, et qui est parfaitement libre de sa propre décision. Autrement dit, le litige a beau avoir été « tranché » par la mère de famille ou le proxénète, il ne l'est pas pour le juge étatique, c'est-à-dire pour l'ordre juridique que celui-ci représente. Et s'il n'est pas tranché, c'est que par application même du critère sur lequel nous raisonnons ici, les menaces ou les violences en question n'ont pas, dans l'ordre juridique étatique, le caractère d'actes de nature juridictionnelle.

26 Rapportées à l'arbitrage, ces considérations suffisent à établir que ce même critère ne peut servir à démontrer la nature juridictionnelle des fonctions exercées par l'arbitre.

En effet, la sentence que rend l'arbitre n'empêche nullement le litige, et ses manifestations, de persister. Cet empêchement, s'il se produit, résulte tout au plus de la décision du juge de l'exequatur : n'est-ce pas celui-ci qui, par la menace d'une intervention de l'appareil de contrainte étatique, oblige celle des parties qui n'a pas eu gain de cause devant l'arbitre à s'incliner ? N'est-ce donc pas à son acte à lui, bien plutôt qu'à celui de l'arbitre, qu'il convient de reconnaître un caractère juridictionnel par application du critère ici évoqué ?

27 Et l'on aura compris qu'il n'est d'aucune importance que, comme on le prétend parfois, les sentences arbitrales, ou au moins certaines d'entre elles, soient efficaces dans un ordre juridique extra étatique, en ce sens que, du point de vue de celui-ci, les litiges sur lesquels elles portent devraient être considérés comme réellement tranchés : quand bien même cette allégation ne serait pas purement gratuite, elle permettrait tout au plus d'établir le caractère juridictionnel de ces sentences *dans l'ordre extra étatique en question*. Mais elle est en toute hypothèse impuissante à fournir la même démonstration *au regard du droit étatique*.

Tout aussi dépourvue d'importance est la circonstance que le juge de l'exequatur doive appliquer des règles de l'ordre étatique l'obligeant, lorsque les conditions que ces règles formulent sont réunies, à s'incliner devant la solution que l'arbitre a donnée au litige : il devrait tout aussi bien s'incliner, *lorsque les conditions légales en sont également remplies*, c'est-à-dire lorsque sont satisfaites les exigences *des règles qui s'imposent à lui*, devant une transaction, une renonciation de droits ou d'action ou une prescription. Pourtant, nul ne s'avise de soutenir que la solution d'un litige résultant de la convention des parties, de la volonté unilatérale de l'une d'elles ou de l'écoulement du temps trouve sa cause dans un acte juridictionnel. Autrement dit, le fait que le juge soit privé de la liberté de fixer lui-même les termes de cette solution, par déduction des règles substantielles dont elle eût sinon dépendue, n'empêche en rien que, du point de vue de l'ordre juridique étatique, le litige n'est tranché que par l'effet de la décision que ce juge rend *en application d'autres règles substantielles* : celles qui l'obligent à respecter « l'autorité » de la sentence en question.

28 Ainsi, définir l'acte juridictionnel comme celui qui tranche un litige ou une contestation revient à utiliser un critère qui est incontestablement intelligible lorsqu'on

l'applique à une norme imputable à un organe étatique, mais qui ne l'est pas, parce qu'il ne peut suffire, lorsqu'est en cause la solution donnée à ce litige par une personne privée, telle qu'un arbitre.

On aboutit à une conclusion identique lorsqu'on s'interroge sur la pertinence du second critère avancé, relatif à la *juris dictio*.

B) L'arbitre dit le droit.

29 La notion de *juris dictio*, il est vrai, est également mystérieuse. À s'en tenir à l'étymologie, elle signifie simplement que l'activité dont elle doit permettre de rendre compte consiste à « dire le droit ». Mais comment faut-il comprendre cette expression ? Deux réponses paraissent essentiellement concevables, selon que l'on se fonde sur la fonction de l'acte en cause ou sur les modalités de son élaboration. Dans le premier sens, dire le droit, c'est dire ce qui est juste, et donc « rendre la justice ». Quoique cette interprétation nous semble être celle qu'il faut en effet retenir, pour les raisons que l'on exposera bientôt, elle présente l'inconvénient de paraître confondre les notions de justice et de droit. C'est pourquoi, avant de l'examiner de manière plus précise, il convient de montrer les obstacles auxquels se heurte la seconde acception de la *juris dictio*, qui se focalise sur le mode de confection de l'acte juridictionnel, éventuellement combiné avec son objet.

1) Faire une analyse juridique.

30 Selon une première approche, la référence à la *juris dictio* viserait à décrire les modalités d'exercice de l'activité dont l'acte dérive, qui consisteraient à déduire la réponse appelée par une question déterminée des règles de droit qui lui sont applicables²⁹ ou, en tout cas, de règles de droit quelconque. En ce sens, on fait valoir que serait « juridictionnel l'acte du juge qui, saisi d'une situation donnée, statue par application des règles de droit relativement à cette situation, peu important que le litige soit avéré ou non »³⁰.

Cette thèse permet, à la différence de celle qui fait du litige l'un des principaux critères de la définition de l'acte juridictionnel, de rendre compte de la notion de juridiction gracieuse. Et tel est bien, en effet, ce que cherchent seulement à faire admettre ceux des processualistes qui la défendent. Elle ne semble cependant pas pouvoir être suivie pour deux raisons.

D'abord, elle écarte de la catégorie des actes juridictionnels les décisions rendues en équité³¹, ce que l'on peut pourtant hésiter à admettre : lorsque ces décisions émanent d'un juge étatique, elles disposent en effet de tous les attributs des actes juridictionnels : l'autorité de chose jugée et la force exécutoire.

Ensuite, elle oblige au contraire à attribuer une nature juridictionnelle à tout produit d'une analyse juridique. En conséquence, il faudrait notamment considérer comme des actes juridictionnels, non pas seulement les décisions, mais également les avis du conseil d'État ou de la Cour de cassation, lorsqu'ils peuvent être requis, ce qui aboutirait à méconnaître tous les enjeux de leur distinction. De même, il faudrait en déduire le caractère juridictionnel, et non

²⁹ Motulsky, *La nature de l'arbitrage, Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, n° 3.

³⁰ Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^{ème} édition, 2013, n° 79.

³¹ Voy. expressément en ce sens Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 78.

pas conventionnel, des consultations juridiques établis par des notaires, des avocats ou des professeurs de droit³², ce que nul ne peut sérieusement songer à soutenir.

Suffit-il alors, pour résoudre la difficulté, de réintroduire le litige parmi les critères de l'acte juridictionnel, quitte à en retenir une conception très extensive afin de la rendre compatible avec la notion de juridiction gracieuse ? La réponse est assurément négative.

2) Trancher un litige en application du droit.

31 Le recours au critère du litige, en effet, ne répond en rien aux objections qui viennent d'être soulevées. Ainsi, le jugement rendu en équité tranche un litige mais ne statue pas en droit. Inversement, le notaire, l'avocat ou le professeur de droit qui établissent une consultation ont le devoir de fonder leurs analyses sur les règles de droit ; mais, quand bien même ils seraient interrogés à l'occasion d'un litige, ils ne le tranchent pas : leurs conclusions, quels qu'en soient les termes³³, n'obligent qu'eux-mêmes si bien qu'à nouveau, elles se heurtent au double écueil de leur inefficacité objective et, si l'on suppose qu'il s'agit là d'un obstacle distinct, du défaut de pouvoir de leur auteur.

Mais à cela s'ajoute encore une nouvelle difficulté, qui est elle aussi originale lorsqu'on prétend reconnaître une nature juridictionnelle à l'activité d'une personne privée, et qui n'existe pas en revanche lorsque sont en cause les actes d'une autorité étatique : celle de l'identité de ce « droit » par application duquel le litige devrait être tranché.

32 Pour un juge, en effet, la question ne se pose pas, tant la réponse est évidente : il ne peut s'agir que de la *lex fori*, même si, compte tenu des règles de droit international privé que celle-ci comporte, la solution peut finalement dépendre d'une loi étrangère spécialement désignée par ces règles. Mais qu'en est-il pour un arbitre ? Tranche-t-il le litige « en droit » si, conformément aux termes exprès de la mission qui lui est confiée par les parties, il se fonde sur le code d'Hammourabi ? Sur le « droit coutumier » des bambaras ? Sur la charia ? Sur le Coran ? Sur l'Évangile selon saint Matthieu ? Sur *De la recherche de la vérité* de Nicolas Malebranche ? Sur la *lex mercatoria* ou sur les principes UNIDROIT ? Sur les règles du jeu de *go* (la difficulté de la tâche n'est pas en cause) ?

La question est assurément embarrassante. Répondre par la négative, ne fût-ce que dans l'une seulement des hypothèses évoquées, obligerait à refuser, au moins par application du critère ici considéré, la qualification de sentence à la décision de « l'arbitre ». Mais de quoi s'agirait-il alors ? Quel serait le régime de son acte ? Se traduirait-il fatalement par son inefficacité ? Celle-ci est-elle même seulement concevable si l'on permet, dans le même temps, que l'arbitre statue selon l'équité ?

Faut-il donc répondre par l'affirmative et admettre que « le droit » se définit exclusivement par référence aux termes de la mission conférée par les parties à l'arbitre, c'est-à-dire d'après son « habilitation » ? Ce serait alors décider, faute d'aucune limite à l'imagination des parties, que tout est du « droit » et que « dire le droit », c'est « dire

³² Aussi bien, d'ailleurs, que par les services juridiques des entreprises, des administrations, ou encore par des syndicats professionnels ou des associations quelconques.

³³ Il serait bien évidemment indifférent que, outrepassant leurs pouvoirs, ils la formulent dans les termes d'une condamnation de l'une des parties. De là découle qu'une condamnation expressément prononcée par une personne privée, telle qu'un arbitre, n'est pas en soi la preuve, non plus que le simple indice, de la nature juridictionnelle de l'acte en cause.

n'importe quoi ». On peut d'autant plus hésiter à ainsi définir l'activité juridictionnelle que l'on peine à voir en quoi un tel critère serait véritablement distinctif.

De toute évidence, « dire le droit, c'est bien autre chose que d'appliquer la loi »³⁴ ou des règles quelconques. L'expression ne peut donc servir à décrire les modalités d'exercice de l'activité juridictionnelle : elle se rapporte à sa fonction.

C) L'arbitre rend la justice.

33 Les développements qui précèdent suffisent à démontrer que la définition de la fonction juridictionnelle ne peut se réduire à celle de l'occasion et/ou des modalités de son exercice : s'il n'y a lieu de rendre la justice qu'en cas de litige, de contestation ou d'obstacle auquel une personne se trouve confrontée, et si la justice n'est pas rendue lorsque, à défaut de prendre appui sur des règles ou des valeurs abstraites, la solution n'exprime que l'arbitraire de celui de qui elle émane, la justice traduit d'abord un pouvoir³⁵.

Et, parce que « tout pouvoir a besoin de légitimité »³⁶, celui-ci ne peut pas se comprendre non plus que se défendre autrement que comme la contrepartie d'un devoir inhérent et consubstantiel à toute organisation sociale : si la justice est rendue, c'est parce qu'elle doit l'être, et qu'elle est donc due.

34 Elle l'est d'abord à l'organisation elle-même : si, par définition, l'organisation résulte de règles, les règles n'organisent rien si elles ne sont pas respectées. La fonction même de l'organisation postule donc l'existence d'un mécanisme propre à en garantir l'efficacité.

Mais la justice est également, et par voie de conséquence, due à tous ceux entre lesquels ou pour lesquels l'organisation est instituée : si, au sein de celle-ci, chacun est libre ou n'a pas d'autre choix que de se faire justice à soi-même, les règles de l'organisation n'ont aucune chance d'être respectées, si bien qu'à nouveau l'organisation elle-même se trouve remise en cause.

En d'autres termes, le devoir qui pèse sur l'ordre juridique de rendre la justice, et qui légitime le pouvoir dont il dispose, est la stricte contrepartie de l'interdiction de se faire justice à soi-même et, partant, de faire triompher *une justice autre que celle de l'ordre juridique* lui-même.

35 De là découle, selon nous, le sens véritable de la *juris dictio* : la *juris dictio*, c'est le pouvoir délégué au juge d'édicter, au nom de l'ordre juridique qui l'en a investi, la norme individuelle correspondant, dans une situation de fait donnée, à la solution concrète que cet ordre juridique entend faire respecter³⁷. En « disant le droit », le juge ne se contente donc pas d'exposer la conclusion du syllogisme résultant de la confrontation des faits de l'espèce au

³⁴ G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge », *Mél. Perrot*, Dalloz, 1996, p.575, spéc.p. 577.

³⁵ Pour un rappel de cette évidence et le sens profond de toute initiative visant à la combattre, voy. Heuzé, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, p. 602 et p. 697.

³⁶ G. Wiederkehr, *op. cit.*, p. 575.

³⁷ Peut-être est-ce de cette façon, qui révèle la nécessaire complémentarité des règles et des décisions pour la réalisation des fins de l'ordre juridique, qu'il convient de répondre à l'interrogation de P. Mayer, relative à ce que ces normes peuvent avoir de commun : « Existe-t-il des normes individuelles ? », *Mél. Tropper*, *Économica*, 2006, p. 679, spéc., p. 691.

présupposé de la règle applicable : il en déduit une norme catégorique qui se présente comme un commandement, c'est-à-dire comme un ordre. Il « condamne » ou « rejette ». Et c'est par cet ordre qu'il « tranche le litige » puisqu'il en résulte que, *du point de vue de l'ordre juridique au nom duquel il s'exprime*, celui-ci est résolu et que ses manifestations doivent cesser.

Cette définition justifie le rattachement de la *juris dictio* à *l'imperium* autant qu'elle commande le rejet de l'arbitre du cercle de ses détenteurs.

1) *Juris dictio et imperium.*

36 Il est traditionnellement enseigné que l'arbitre, comme le juge, aurait la *juris dictio* mais, au contraire de lui, ne disposerait pas de *l'imperium*³⁸. Par là, on entend signifier qu'il aurait le pouvoir de rendre la justice mais que sa décision, à la différence d'un jugement, serait dépourvue de la force exécutoire. Et en guise d'explication, on fait valoir que *l'imperium*, qui sert à décrire le pouvoir de coercition de l'État, concernerait une prérogative éminente de la souveraineté : l'État a le monopole de la contrainte.

Pourtant, on enseigne tout aussi traditionnellement que l'État a, en principe, le monopole de la justice³⁹ : rendre, et donc faire régner la justice est l'une des principales fonctions de l'État⁴⁰. De sorte que, pour justifier que l'arbitre aurait le pouvoir de participer à l'exercice de cette fonction, mais non celui d'adresser un commandement à la force publique, on se trouve réduit à donner à entendre qu'il existerait une différence dans l'atteinte qui serait portée par l'octroi à une personne privée de ces deux pouvoirs à la souveraineté étatique : celle-ci serait plus gravement compromise par l'attribution à l'arbitre de *l'imperium* que de la *juris dictio*⁴¹.

37 Cette position, qui n'est assortie d'aucune explication (elle est seulement impliquée par le *postulat* que l'arbitre dispose du pouvoir de « rendre la justice »), ne manque cependant pas de surprendre. Non pas seulement parce qu'elle pourrait tout aussi bien être contraire – après tout, on constate que les juges jouissent généralement d'une considération bien plus grande, et sont recrutés sur la base de critères de sélection beaucoup plus rigoureux que la plupart des agents de l'État dont dépend la mise en œuvre de la force publique : est-ce réellement compatible avec la hiérarchie défendue à propos de la mission dévolue aux uns et aux autres ? – ou que, comme l'a si bien montré Charles Jarrosson⁴², la *juris dictio* n'est elle-même que l'une des formes de *l'imperium*. Mais parce que le pouvoir de rendre la justice et celui d'user de la contrainte vont de pair : la violence qui n'est pas asservie à la justice n'est pas légitime, et doit donc être combattue par le droit ; tandis que la justice qui n'est pas garantie par la menace de la force est parfaitement vaine, et n'existe donc pas.

C'est pourquoi l'idée que l'arbitre disposerait de la *juris dictio* mais serait privé de *l'imperium* (ou de *l'imperium merum*, selon Charles Jarrosson) fait figure de paradoxe : si la

³⁸ Voy. not. Jarrosson, th. précitée, n° 183 ; Théry, « *Judex Gladii* (des juges et la contrainte en territoire français) », *Mél. Perrot*, précité, p. 477 ; Champaud, « le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », *Mél. Béguin*, Litec, 2005, p. 71 ; Gaillard, *Jcl. international*, fasc. 586-8-2, n° 56.

³⁹ Voy. très récemment encore R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, n° 141 et s.

⁴⁰ Peut-être serait-il même permis de soutenir que c'est la seule, c'est-à-dire celle à laquelle toutes les autres fondamentalement se ramènent.

⁴¹ V. par exemple, P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre ... », précité, n° 78

⁴² « Réflexions sur *l'imperium* », *Mél. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 ; voy. également D. Chekroun, *L'imperium de l'arbitre*, th. Paris 1, 2008 et « *L'imperium* de l'arbitre », *Arch. phil. droit*, 2009, p. 135.

souveraineté étatique pouvait réellement admettre, ou seulement tolérer, que l'arbitre rende la justice, pourquoi refuserait-elle à cette justice l'efficacité sans laquelle elle n'est rien ? Autrement dit, si l'arbitre n'a pas l'*imperium*, n'est-ce pas plutôt parce que la « justice » qu'il rend n'est pas la justice, *au sens où la souveraineté étatique l'entend* ?

38 C'est par cette question que se découvre la difficulté fondamentale à laquelle se heurte la thèse selon laquelle l'arbitre serait investi du pouvoir juridictionnel : elle revient à rappeler que la notion de justice n'a aucun sens si l'origine de cette justice n'est pas précisée⁴³ Ainsi, nul ne s'aviserait de confondre la justice helvétique avec la justice vietnamienne ou iranienne. Et elle n'est pas non plus la justice divine ou celle des groupuscules révolutionnaires du Sentier lumineux. Elle est la justice helvétique, c'est-à-dire celle qu'ont la charge de rendre les tribunaux suisses d'après le système de valeurs sur lequel repose l'organisation de la Confédération helvétique.

De là découle qu'est d'abord dépourvue de consistance la notion de « justice étatique », de laquelle on prétend rapprocher la « justice arbitrale ». Car il existe autant de justices étatiques qu'il y a d'États au monde : la justice britannique n'est pas la justice nord-coréenne ; et si elle en est sans doute plus éloignée que de la justice allemande, elle ne se confond pour autant pas avec cette dernière. Mais de là découle surtout la nécessité d'expliquer ce que pourrait recouvrir la notion de justice arbitrale.

2) L'arbitre n'a pas le pouvoir de rendre la justice

39 L'arbitre, incontestablement, se prononce sur la solution d'un litige. Mais, comme on l'a vu, cette circonstance ne suffit pas à établir que, ce faisant, il le « tranche » et exerce ainsi une fonction véritablement juridictionnelle. Celle-ci implique que, à l'instar du juge, l'arbitre rende la justice et agisse donc de façon distincte du *vulgum pecus* ou de l'avocat, qui se borne à émettre une opinion ou à construire une analyse : c'est seulement s'il dispose du pouvoir de rendre la justice que le litige peut être « tranché » par lui.

Le bien-fondé de la qualification juridictionnelle de son activité dépendant ainsi de l'imputabilité de la solution qu'il retient à « la justice » qu'il est de son pouvoir de rendre, la justice en question ne peut se confondre avec cette solution elle-même. Sinon, affirmer une solution et rendre la justice seraient deux expressions synonymes, si bien qu'accoler la seconde à la première constituerait un simple pléonasme, évidemment impropre à fournir la démonstration du caractère juridictionnel de l'activité qu'elles prétendent décrire.

Ainsi, pas plus qu'il ne suffit de constater que l'arbitre prend parti dans un litige, il ne peut suffire d'alléguer que l'arbitre, ce faisant, rend la justice. Il faut dire quelle justice il rend, ou est habilité à rendre. Et c'est précisément cette indication que l'analyse doctrinale dominante est impuissante à fournir. Curieusement, elle ne semble pas même s'en préoccuper. En effet, la seule éventualité qu'elle examine sérieusement est celle qu'unaniment elle rejette : il s'agit de celle selon laquelle l'arbitre tiendrait son pouvoir juridictionnel de l'État dans lequel a été fixé le siège de l'arbitrage. En revanche, les auteurs ne paraissent nullement

⁴³ Comme le notait déjà Spinoza, « la justice et l'injustice entendues en toute rigueur, ne sauraient se concevoir que dans un État » : *Traité politique*, ch. II, § 23, trad. Ch. Appuhn ; Voy. aussi la distinction de Kelsen entre la justice absolue et la justice relative : « Justice et droit naturel », in *Droit naturel*, ouvrage collectif, tr. E. Mazingue, PUF, 1959, p. 647.

se soucier de la valeur d'aucune de celles auxquelles chacun éprouve pourtant le besoin de se rallier : c'est de façon généralement très évasive qu'ils se bornent alors à les évoquer.

a) L'arbitre ne rend pas la justice au nom de l'État du siège

40 Il a longtemps été enseigné que l'arbitre serait investi de son pouvoir juridictionnel par l'État du siège de l'arbitrage. On sait que cette analyse était celle du droit révolutionnaire qui, en réaction contre le système des charges de l'Ancien régime, considérait que la justice, désormais rendue au nom du peuple français, ne méritait de l'être que par des citoyens ordinaires⁴⁴. Si cette idée n'a pas résisté aux épreuves de l'expérience, elle n'en a pas moins durablement inspiré le droit positif. Ainsi, selon l'article 1023 du code de procédure civile de 1806, mais également d'après le régime actuel de l'arbitrage interne, tel qu'il résulte du décret du 12 mai 1981, remanié par celui du 13 janvier 2011, la sentence arbitrale est sujette à un appel⁴⁵, qui doit être porté devant « la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue » (CPC, art. 1494). On ne sera donc pas surpris que certains auteurs aient compris cette solution comme impliquant que l'arbitre était intégré dans l'organisation judiciaire de l'État, et plus précisément, dans celle de l'État du siège. Et cette explication pouvait paraître d'autant plus défendable que, de leur côté, les conventions internationales conclues dans ce domaine (Convention de Genève du 26 septembre 1927 ; Convention de New York du 10 juin 1958) ont toujours attribué au droit et aux autorités du siège un rôle prépondérant dans l'organisation aussi bien que la réglementation de l'arbitrage international.

41 Pourtant, cette analyse n'a plus aujourd'hui aucun partisan. Comme on le sait, ce sont des considérations d'opportunité qui ont principalement motivé son rejet. En effet, elle a pour conséquence que l'arbitre devrait en tous points respecter la loi du siège, aussi bien dans ses dispositions d'ordre procédural que de fond. Et c'est précisément cette conséquence qui a été combattue au nom de la « délocalisation » de l'arbitrage international : le siège de l'arbitrage étant fortuit, ou en tout cas abandonné à la discrétion des parties, voire, dans le silence de celles-ci, de l'arbitre lui-même, rien ne pourrait justifier que la loi en vigueur en ce lieu entrave la liberté de ce dernier.

Le ralliement à cette position, à la fois des auteurs des décrets de 1981 et de 2011, et de ceux de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international conclue à Genève le 21 avril 1961, ne permet plus de rechercher un quelconque soutien à la thèse ici examinée dans le droit positif⁴⁶. Mais elle ne lui était pas davantage conforme antérieurement puisque, comme on l'a vu, elle n'est pas compatible avec le fait que la sentence est, et a toujours été, dépourvue de force exécutoire dans l'État du siège⁴⁷ : c'est la preuve que, en

⁴⁴ Voy. not. B. de Loynes de Fumichon, « La passion de la Révolution française pour l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2014, p. 3.

⁴⁵ Par principe, jusqu'au décret du 13 janvier 2011, par exception, c'est-à-dire seulement en vertu d'un accord des parties, depuis (CPC, art. 1489).

⁴⁶ Il faut pourtant réserver ici le cas de « l'arbitrage forcé », qui correspond à un renvoi à ce qui n'est pas autre chose qu'une juridiction d'exception : voy. en ce sens, et not. Ballardore Palieri, « L'arbitrage privé dans les rapports privés internationaux », *RCADI*, 1935, t. IV, p. 132 ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, n° 22 et s.

⁴⁷ Il est vrai que certaines législations ne subordonnent pas l'exécution forcée de la sentence à une procédure préalable d'exequatur. Tel est notamment le cas en Suisse (voy. Poudret et Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 872). Mais la force exécutoire dont les sentences jouissent alors est précaire dès lors qu'un recours au juge étatique est permis pour la contrarier. La solution confirme donc bien davantage qu'elle infirme que la sentence rendue en Suisse ne sert pas à exprimer la « justice helvétique » : elle correspond à un simple aménagement procédural visant à éviter que le rôle des tribunaux soit inutilement encombré par des demandes d'exequatur qui ne se heurtent à aucune contestation.

droit positif, l'État refuse à l'arbitre le pouvoir de fixer la position de son ordre juridique à l'égard du litige, contrairement au juge.

42 Au surplus, et en toute hypothèse, la thèse critiquée est logiquement indéfendable. En effet, si l'arbitre est habilité à rendre la justice au nom de l'État du siège, ce ne peut être qu'en vertu d'une norme de cet État. Or cette norme n'est nulle part expressément formulée, en sorte que pour admettre son existence, il faut supposer qu'elle serait purement implicite. Bien plus, parce que l'arbitre, tant qu'il n'a pas été désigné par les parties, est une personne privée quelconque, de nationalité et de domicile également quelconque, il faut à nouveau supposer que ladite norme serait une règle, c'est-à-dire d'une norme générale et abstraite qui confierait à tout individu, né ou à naître, sur la planète le pouvoir de rendre la justice au nom de cet État⁴⁸. Et c'est par cette conséquence éminemment fantaisiste que se révèle le vice fondamental de l'analyse : comme l'indique justement P. Mayer, on ne peut « considérer comme un organe d'un État que les individus ou groupes d'individus *spécialement désignés comme tels* »⁴⁹. Il s'ensuit que la norme d'habilitation, d'une part est nécessairement une décision, d'autre part ne peut être que formellement exprimée⁵⁰.

b) L'arbitre ne rend aucune justice

43 Ces dernières observations, qui interdisent de considérer l'arbitre comme un organe juridictionnel d'aucun État en particulier, suffisent *a fortiori* à condamner également l'idée que l'arbitre serait habilité à rendre la justice par tous les États du monde, ou au moins par la majorité d'entre eux⁵¹. D'ailleurs, cette idée, qui repose sur une confusion, en ce qu'elle prétend déduire la réalité de l'investiture de l'arbitre de la simple circonstance que les droits étatiques autorisent l'arbitrage et lui attachent, aux conditions qu'ils posent, différents effets⁵², produirait des conséquences rationnellement indéfendables, que ses partisans eux-mêmes ne seraient certainement pas disposés à assumer. En effet, et comme on l'a indiqué, si l'analyse d'après laquelle l'arbitre doit son investiture à l'État du siège a été combattue, c'est principalement parce qu'elle conduit à considérer qu'il serait tenu de statuer par application de la loi de cet État. Prétendre qu'il doit son habilitation à une multitude d'États en même temps obligerait donc à considérer sa sentence comme une norme participant simultanément à la composition d'une pluralité d'ordres juridiques et à en subordonner la validité à la

⁴⁸ Tel n'est pas le cas dans l'arbitrage forcé, puisque l'habilitation est alors donnée, non aux personnes physiques exerçant la fonction d'arbitre, mais à l'institution d'arbitrage dans laquelle ils sont appelés à l'exercer. Cette solution n'est d'ailleurs en rien originale, puisqu'au rebours de ce qu'enseignait Motulsky (*Ecrits*, t. II, précit., p. 15), elle vaut tout aussi bien pour les magistrats professionnels ou les jurés : le pouvoir de juger appartient à la juridiction à la composition de laquelle ils participent.

⁴⁹ P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n°16 ; les mots soulignés le sont par leur auteur.

⁵⁰ C'est évidemment à la conscience de la nécessité d'une telle norme concrète, même lorsque son contenu semble intégralement dicté par la norme abstraite, qui explique que, dans toutes les monarchies héréditaires, la cérémonie du sacre ou du couronnement soit le préalable nécessaire à l'exercice des fonctions du monarque.

⁵¹ V en ce sens Chr. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, spéc. n° 113 et s.

⁵² Il s'agit évidemment d'une confusion dont on se garde fort justement dans le cas des jugements étrangers : nul ne semble avoir jamais eu l'idée de soutenir que, si les jugements rendus par les tribunaux néo-zélandais peuvent jouir en France de certains effets s'ils satisfont aux conditions posées par le droit français, c'est parce que ces tribunaux seraient habilités à rendre la justice par l'État français ! Si, dans leur pays d'origine, les jugements étrangers sont des actes juridictionnels, ils ne sont en France que de simples faits et c'est donc exclusivement aux jugements français visant leur « reconnaissance » que peut être reconnue la nature d'actes juridictionnels. Il en va exactement de même dans le cas des sentences arbitrales.

condition qu'elle respecte les règles de chacun d'eux à la fois, ce qui est évidemment impossible⁵³.

44 C'est pourquoi on préfère parfois prétendre que l'arbitre, au moins lorsqu'il est saisi d'un litige international, agirait comme organe d'un ordre supranational, constitué par la *lex mercatoria* ou « l'ordre arbitral ». Mais pour être admise, cette thèse impliquerait que fût d'abord établie, et non pas seulement affirmée, l'existence de cet ordre juridique par un emploi rigoureux des méthodes de la sociologie⁵⁴. Or on a déjà dit qu'une telle démonstration, dont tout d'ailleurs donne à penser qu'elle n'a pas la moindre chance d'être fournie, tant abondent les évidences contraires, n'est en tout cas jamais proposée : c'est seulement de la possibilité théorique de cette existence que l'on cherche à convaincre, alors qu'elle est en soi totalement indifférente. Mais en outre, et en toute hypothèse, cette théorie bute à nouveau sur la question de l'investiture de l'arbitre : ce sont les parties ou le « juge d'appui », et non un ordre juridique « transnational » quelconque, qui lui confèrent cette qualité. C'est donc évidemment des parties ou d'un tribunal étatique, et non pas de cet ordre juridique « tiers », qu'il tient ses pouvoirs. Si bien que décrire l'arbitre comme un organe de l'ordre mercatique obligerait à considérer que la désignation des organes juridictionnels de l'ordre mercatique relève des parties et des juges étatiques. Et tel est précisément ce qui rend la thèse considérée définitivement indéfendable : dès lors que, comme l'observait pertinemment Chrysoula Panou⁵⁵, on ne peut confier à autrui un pouvoir dont on ne dispose pas soi-même, elle impliquerait que les parties et que les tribunaux étatiques⁵⁶ fussent eux-mêmes des organes de la *lex mercatoria* !

45 Peut-on alors soutenir que les arbitres statuent « en leur nom propre »⁵⁷ ? S'il faut comprendre – et c'est en effet *tout l'enjeu de la discussion* relative au caractère juridictionnel plutôt que conventionnel de la mission de l'arbitre – qu'ils ne statuent pas « au nom des parties », et qu'ils rendent donc une « justice » qui leur est propre, on ne saurait l'admettre. Car cette affirmation reviendrait encore à confondre la justice avec l'opinion de l'arbitre relative à la solution même du litige, ce qui, comme on l'a montré, empêche de fournir la démonstration, dont dépend pourtant la qualification de l'activité de l'arbitre, que ladite opinion est l'expression de la justice. Au surplus, elle n'est de toute façon pas exacte parce qu'elle néglige que l'opinion de l'arbitre n'est pas libre : la conclusion à laquelle il doit aboutir doit être compatible avec la mission que les parties lui ont donnée⁵⁸. Ce n'est donc pas

⁵³ Il va de soi qu'on ne peut considérer que l'arbitre reçoit son investiture de tous les États dont sa sentence respecte les conditions d'efficacité : ce serait confondre la question du *pouvoir* de l'arbitre, qui est première, avec celle de la *validité* de la sentence.

⁵⁴ Il est vrai qu'il a été au contraire soutenu que c'est la démonstration de « l'inexistence d'un ordre juridique arbitral » que devraient apporter ceux qui doutent de sa réalité (Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, n° 100, p. 89). L'extrême aridité de l'analyse juridique suffit sans doute à justifier qu'on y introduise ainsi un peu de la licence poétique.

⁵⁵ *Op. cit.*, n° 32.

⁵⁶ Plus exactement : les tribunaux étatiques autorisés *par leur loi nationale* à désigner l'arbitre en cas de désaccord des parties.

⁵⁷ P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international... », n° 1.

⁵⁸ La meilleure preuve que l'arbitre n'est pas libre n'est-elle pas fournie par le besoin que l'on éprouve de lui reconnaître une *certaine* liberté ? Ainsi, la littérature, considérable, qui vise à établir qu'il pourrait aller à l'encontre de la mission que les parties lui ont expressément donnée, en leur opposant les exigences de, ou d'un ordre public, de certaines lois de police, ou encore ses propres valeurs morales, ne témoigne-t-elle pas de la difficulté d'identifier le fondement aussi bien que l'étendue de cette liberté ? Et la circonstance même que, comme Pierre Mayer (« L'autonomie de l'arbitre ... », précité, *passim* ; « La liberté de l'arbitre », *Rev. arb.*, 2013, p. 339), l'on déduise la liberté dont il jouit *en fait* de la confiance des parties ou du sort prévisible qui sera réservé à sa sentence dans les ordres juridiques étatiques où elle sera vraisemblablement invoquée, ne démontre-t-elle pas que, *en droit*, sa liberté est par principe celle que les parties lui accordent ?

son sentiment de la justice qu'il peut faire triompher. Il doit statuer par application des règles que les parties lui ont désignées et, même lorsqu'il est amiable compositeur, il lui faut encore veiller à ce que sa sentence puisse produire des effets dans les ordres juridiques étatiques où il peut s'attendre à ce que son exécution soit poursuivie, puisque, comme l'indique justement Pierre Mayer lui-même⁵⁹, il est raisonnable de considérer que tel est en effet l'une des conditions de la mission qui lui est confiée.

46 À quoi s'ajoute que la justice de l'arbitre, simple personne privée, est impuissante à obliger les parties : si la sentence lie celles-ci, et tranche donc, *de leur point de vue*, le litige, c'est uniquement parce qu'elles se sont contractuellement engagées à la respecter. Mais voilà précisément par quoi se révèle le plus sûrement que la mission de l'arbitre est de nature strictement conventionnelle.

II. La mission de l'arbitre est de nature conventionnelle.

47 L'arbitre tient ses pouvoirs d'une convention des parties ; il doit statuer sur les points désignés par elles en application des règles qu'elles lui indiquent d'un commun accord, et selon les modalités que celui-ci décrit ; sa sentence enfin ne les oblige qu'en vertu à nouveau de leur convention. On ne sera donc pas surpris de la conclusion sur laquelle les développements qui précèdent débouchent : ce n'est que par l'effet d'une série de confusions, d'artifices ou d'approximations que la thèse d'après laquelle la mission de l'arbitre serait de nature juridictionnelle a pu masquer l'évidence. La vérité est, bien sûr, que c'est d'une mission conventionnelle qu'il est investi.

Autrement dit, par la convention qu'elles concluent avec lui, les parties transmettent à l'arbitre, non pas le pouvoir de rendre la justice qui ne leur appartient pas, mais celui, dont elles disposent au contraire, et que traduit le principe de la liberté contractuelle, de fixer le contenu précis de la convention par laquelle elles entendent résoudre leur litige⁶⁰. Autrement dit, elles lui donnent l'une et l'autre le mandat de définir, en leur nom et pour leur compte, les termes d'une convention (A) qui s'apparente par son objet à une transaction et qui est revêtue comme elle, et avec la même signification, de « l'autorité de la chose jugée » (B

A) L'arbitre est un mandataire.

48 Parmi les nombreuses difficultés que la thèse de la nature juridictionnelle de l'arbitrage engendre, l'une des plus épineuses est celle d'obliger à proposer les critères distinctifs de celui-ci, par opposition principalement au mandat, à « l'arbitrage contractuel » ou à « l'expertise irrévocable ». Il n'est pas rare, en effet, que les parties confient à un tiers la réalisation d'une opération dans leur intérêt commun, en convenant par avance de se conformer à son « avis ». On a déjà évoqué l'exemple classique qu'en donne l'article 1592 du Code civil qui permet aux parties d'abandonner la fixation du prix dans la vente « à l'arbitrage d'un tiers ». Mais il en existe d'innombrables illustrations différentes : les propriétaires de deux fonds riverains chargent un géomètre de déterminer leur ligne de séparation ; un assureur et son assuré confient à un expert l'établissement de la réalité d'un

⁵⁹ « L'autonomie... », n° 36 et n° 84 et s.

⁶⁰ Tout le mérite de cette explication, à nos yeux lumineuse, revient à Chr. Panou, *op. cit.*, n° 184 et s.

sinistre ou l'évaluation de l'indemnité devant être versée par le premier au second ; les parties à un contrat décident de s'en remettre à un tiers pour apprécier le caractère satisfaisant d'une prestation (« arbitrage de qualité ») ou pour adapter les stipulations de leur accord à des circonstances qui n'avaient pas été envisagées par elles au moment de sa conclusion, etc. ...

49 On ne s'étonnera pas que la réponse à la question de savoir si le tiers mérite ou non d'être considéré, dans chacune de ces hypothèses, comme un arbitre véritable, soit aujourd'hui le plus souvent déterminée par les critères au moyen desquels on cherche à convaincre que l'arbitrage serait de nature juridictionnelle : il ne serait arbitre que s'il « tranche un litige » ou « dit le droit ». L'évanescence de l'un comme de l'autre de ces deux critères, appliqués à la mission d'une personne privée, suffit cependant à expliquer, aussi bien les divergences qui séparent de façon quasi systématique les auteurs qui les défendent à propos des solutions concrètes sur lesquelles débouche leur application, que le caractère byzantin de la jurisprudence en ce domaine⁶¹.

50 Le vice majeur de cette analyse réside dans le fait que, étant parti du postulat que l'arbitre, au sens des articles 1442 et suivants du code de procédure civile, est un juge, pour cette raison seulement que sa mission ressemble à celle que la loi confie normalement à des juges, elle s'oblige à considérer qu'une personne privée ne pourrait pas être un arbitre si les parties lui demandent d'accomplir un acte qu'elles ne pourraient pas requérir d'un tribunal étatique. Pourtant, ce critère est parfaitement injustifiable : les limites, réelles ou supposées, dans lesquelles sont enfermés les pouvoirs du juge, ont chacune leur raison d'être, dont on ne peut pas raisonnablement faire abstraction. C'est donc sans surprise que, dans l'application de ce critère, la doctrine qui s'y réfère est conduite à se contredire ou à user d'artifices. Tel est ce que révèle la conception qu'elle retient en l'occurrence de la notion de litige ou de l'office du juge, qui est d'autant plus étrange qu'elle néglige totalement les enjeux réels de la discussion.

1) L'arbitrage suppose « un litige »

51 On a vu que, pour établir le caractère juridictionnel de l'arbitrage, les auteurs se réfèrent à la définition de l'acte juridictionnel communément admise par les processualistes, lesquels retiennent de la notion de litige, dont ils usent à cet effet, une conception extrêmement large, afin de leur permettre d'inclure dans cette définition la plupart des actes de juridiction gracieuse. Pourtant, lorsqu'il s'agit cette fois de distinguer l'arbitrage des institutions qu'ils considèrent comme seulement « voisines », ces mêmes auteurs sont conduits à défendre une conception au contraire extrêmement étroite du litige, qu'ils prétendent opposer à celle de « désaccord » ou de simple « défaut d'accord ».

52 Ainsi, à la suite de Motulsky⁶², la doctrine semble à peu près unanime⁶³ pour considérer que le « tiers » visées par l'article 1592 du Code civil n'est pas un arbitre. Et la principale raison pour laquelle cette qualité devrait lui être refusée est qu'il n'a pas à trancher un litige : il est mandataire, par conséquent investi d'une mission *contractuelle*, parce que celle-ci consiste seulement à parfaire la vente par la fixation de l'une des conditions dont

⁶¹ Sur cette question voy. tout particulièrement Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, précité ; « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, p. 5 ; « Variations autour de la notion d'arbitrage », *ibid.*, 2005, p. 1049 ; et Loquin, *Jcl. proc. civile*, fasc. 1005 et 1042 ; Joly *Contrats internationaux*, Livre X, n°1. Adde Kassis, *Problème de base de l'arbitrage. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, L. G. D. J., 1987.

⁶² « La nature juridique de « l'arbitrage » prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », *Rec. gén. lois*, 1955, p. 111.

⁶³ Voy. cependant les observations dubitatives de B. Oppetit, *Théorie l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 73 et s.

dépend sa conclusion et sur laquelle les parties ne sont pas parvenues à s'accorder elles-mêmes. Mais cette analyse ne résiste pas à l'examen.

D'abord, elle est dépourvue de pertinence dans le domaine précis qu'elle s'assigne. Parce que les auteurs de qui elle émane n'ignorent pas que, pour « trancher un litige » d'origine contractuelle, l'arbitre est parfois conduit à se substituer aux parties pour apporter à leur convention une précision omise⁶⁴, ils se fondent sur la circonstance que le défaut d'accord sur le prix concerne une question dont, en droit français, dépend la validité de la vente, si bien que sa persistance fait obstacle à la conclusion du contrat. Mais si cela est vrai en droit français, c'est-à-dire lorsque la vente est régie par lui, cela ne l'est pas d'après nombre de droits étrangers, tels par exemple que les droits anglais ou allemand. Au surplus, le droit français lui-même n'érige pas l'accord sur le prix en condition de formation de tous les contrats : cet accord n'est pas exigé, notamment, pour le mandat non plus que, en principe, pour le louage d'ouvrage. On ne voit donc pas comment la qualification de la mission du tiers chargé « d'arbitrer » le prix pourrait dépendre *du régime du contrat* à l'occasion duquel son intervention est requise : indépendamment des difficultés inextricables qui en résulteraient dans toutes les hypothèses où une discussion (« un litige » ?) surgirait à propos de la qualification du contrat en cause (contrat de « fourniture » d'un objet à fabriquer) ou de la loi qui le régit (vente franco-anglaise), le fait que cette mission a, dans tous les cas, un objet strictement identique (la fixation du prix) s'y oppose nécessairement.

53 Ensuite, l'analyse considérée est indéfendable lorsque l'on cherche à lui faire produire effet en dehors de ce même domaine. Car ce à quoi elle conduit alors est de distinguer le « litige », dont la solution pourrait relever de l'arbitrage, de « l'absence d'accord », (voire également du « désaccord », dont la littérature juridique ne permet pas de savoir exactement s'il faut le ranger dans la première plutôt que dans la seconde de ces deux catégories), qui ne peut être surmontée que par un recours à un « mandataire » ou à un « expert ». Pourtant, cette opposition ne correspond à aucune réalité qui permettrait de la mettre rigoureusement en œuvre⁶⁵. D'ailleurs, n'est-ce pas *toujours* parce qu'ils sont incapables de s'entendre, et donc de parvenir à un accord, que des parents, ès qualités, des cohéritiers, des copropriétaires ou des associés sont en litige ? Et n'est-ce pas *le plus souvent* parce qu'ils ne parviennent pas davantage à s'accorder que l'on considère que des époux, des employeurs et leurs salariés, des assureurs et leurs agents ou leurs assurés, des commerçants et leurs clients, etc., sont en litige et autorisés, pour cette raison, à « agir en justice » ? Autrement dit, force est de constater que

⁶⁴ Soit, par exemple, un accord de distribution prévoyant qu'en cas de rupture des relations ou de non-reconduction à l'échéance, le distributeur aura droit à une indemnité dont le montant n'est cependant pas précisé. À notre connaissance, nul n'a jamais soutenu que, dans un cas pareil, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur ce montant, la clause compromissoire dont, par hypothèse, la convention serait assortie ne pourrait pas être mise en œuvre, faute pour la question à résoudre de relever de « l'arbitrage ». En quoi une telle situation diffère-t-elle, du point de vue de la définition de l'arbitrage, de celle dans laquelle les parties conviennent que le vendeur recevra en contrepartie de la chose vendue une somme dont le montant reste à préciser ? Voy. cependant E. Loquin (*op. cit.*, n° 22) pour qui « le comblement des lacunes du contrat appartient au domaine de l'arbitrage contractuel » au sens de l'article 1592, c'est-à-dire du mandat. Et comp. Ch. Jarrosson (*op. cit.*, n° 611) selon qui le comblement des lacunes, hormis le cas visé par l'article 1592, relève toujours de l'arbitrage (juridictionnel).

⁶⁵ Ch. Jarrosson a conscience de la difficulté quand, après avoir proposé de qualifier *d'arbitre* celui qui fixe le prix lorsqu'un *litige* oppose les parties à son propos, il écrit que « différente est l'hypothèse visée à l'article 1592 C. civ. et dans laquelle il n'y a ni litige ni désaccord – en principe – sur le prix que les parties n'ont peut-être même pas cherché elles-mêmes à fixer » (*La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 329). Si l'hypothèse où les parties n'ont pas même tenté de parvenir à un accord sur le prix n'est pas totalement d'école, elle est à ce point marginale, surtout si on la considère du point de vue des auteurs du code Napoléon, que l'on ne peut croire que c'est elle qu'ils avaient en vue : ce qu'ils ont envisagé est qu'il existe « en principe » un désaccord des parties sur ce point.

nul ne s'avise jamais de contester que, par principe, les juges étatiques peuvent être utilement saisis de tous les « désaccords » ou « défauts d'accord » surgissant entre les parties, non plus que du caractère juridictionnel de la décision par laquelle ils y remédient.

54 De deux choses l'une, en conséquence : soit on persiste à faire dépendre la distinction que l'on prétend établir entre les fonctions exercées par le tiers en cause à partir de celles dont les juges étatiques sont investis, et alors le critère examiné ne peut manifestement pas convenir ; soit on fait le choix de retenir ce même critère, en dépit des difficultés extrêmes que provoque en pratique sa mise en œuvre, pour les seuls besoins de ladite distinction, et on renonce alors à toute justification au qualificatif de « juridictionnel » que l'on emploie pour décrire l'une seulement des fonctions en question.

L'hésitation, cependant, et en toute hypothèse, ne semble pas réellement permise, dans la mesure où il n'est que trop évident que le second terme de l'option conduit à conférer à « l'arbitrage juridictionnel » un domaine si étroit que, compte tenu des enjeux réels de la discussion (v. ci-dessous, n° 57 et s.), nul ne pourrait sérieusement songer à défendre les conséquences qui s'ensuivent.

2) L'arbitrage juridictionnel consiste à « dire le droit ».

55 Voilà pourquoi, à ce premier critère, la doctrine ajoute ou, selon les circonstances, substitue purement et simplement, celui tiré de la nature de la question à laquelle le tiers désigné doit répondre : lorsqu'il s'agit d'une question de pur fait, telle que le montant du prix dans une vente, la réalité ou l'étendue d'un sinistre dans l'hypothèse d'un « désaccord » entre un assureur et son assuré, le caractère satisfaisant d'une prestation dans le cas d'un « arbitrage de qualité », son « avis », auquel les parties se sont par avance engagées à se conformer⁶⁶, est de nature conventionnelle parce qu'il est « mandataire » ou « expert » ; au contraire, s'il doit « dire le droit », il est arbitre. Mais cette proposition se heurte exactement aux mêmes objections que la précédente.

56 En effet, et indépendamment de la difficulté que suscite classiquement la distinction du fait et du droit ou le choix des critères dont il faudrait en l'occurrence la faire dépendre⁶⁷, elle a le tort de négliger qu'en pratique, la grande majorité des litiges dont les tribunaux sont saisis concerne la réalité des faits sur lesquels se fondent les prétentions des parties : ce n'est pas le sens de la règle, c'est-à-dire la majeure du syllogisme, qui est débattue, mais sa mineure. C'est ainsi par exemple que dans les instances en responsabilité, il est rare que la règle applicable soit discutée : ce qui l'est, c'est l'existence ou l'étendue d'un dommage, ou bien encore son imputabilité factuelle au défendeur. De même, dans les litiges contractuels, la contestation porte plus souvent sur la réalité d'un consentement ou d'une inexécution, ou sur la portée des stipulations d'un document, que sur les obligations légalement attachées à la convention conclue ou l'identité des conditions de sa validité. Par conséquent, si les parties se donnent la peine d'articuler des « prétentions juridiques » apparaissant contraires, leurs divergences concernent exclusivement les faits, et c'est entre elles qu'il faut « trancher ». Réserver la qualification d'arbitrage à la mission consistant à résoudre une « question de droit » revient donc à nouveau, non seulement à abandonner le critère au moyen duquel on prétendait démontrer que cette mission correspond à celle des tribunaux étatiques, mais

⁶⁶ Ce n'est évidemment que dans cette hypothèse que le débat a l'apparence d'une raison d'être puisque, si son avis ne lie pas les parties, il ne peut être considéré ni comme arbitre, ni comme mandataire.

⁶⁷ Ainsi, que décider si le tiers en cause doit se prononcer d'après les usages, les règles de l'art, « la deuxième édition des Principes Unidroit », la Bible ou le Coran ?

encore à exclure du domaine de l'arbitrage des opérations dont il n'est pourtant pas douteux qu'elles doivent obéir à son régime.

3) Le régime de l'arbitrage ne peut varier selon sa cause ou son objet.

57 Il est, en effet, frappant que les discussions qui concernent les frontières de l'arbitrage, en tant que notion, n'intègrent jamais un examen minutieux du régime qui mériterait d'être appliqué à ce à quoi elles conduisent ordinairement à refuser cette qualification. Tout au plus, en opportunité, observe-t-on couramment que le régime de l'arbitrage est préférable à celui que, par opposition, on se contraint à croire être celui du « mandat de l'article 1592 du Code civil » ou de « l'expertise irrévocable », en sorte qu'on soutient généralement que toutes les hésitations relatives à la qualification mériteraient d'être résolues en faveur du premier⁶⁸. En particulier, on fait justement valoir que ce régime de l'arbitrage « *stricto sensu* » présente l'avantage de garantir le respect des droits de la défense⁶⁹.

Mais précisément, pourquoi vouloir restreindre le domaine d'application de ces garanties ? En effet, s'il convient peut-être d'en fournir une explication (voy. *infra* n° 69), nul ne peut en tout cas douter que les droits de la défense et que, plus largement, l'ensemble des effets du principe du contradictoire méritent toujours de s'imposer dans le cadre d'une expertise conventionnelle, d'un « arbitrage de qualité » ou de l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil. Et les raisons de contester toute distinction, du point de vue du régime des institutions en cause, ne se limitent pas à cela : elles se déduisent évidemment de la *ratio legis* des articles 2059 et suivants du Code civil, qui fixent les conditions de validité des accords d'arbitrage⁷⁰, autant que de la raison d'être de chacune des exigences que formule le Code de procédure civile dans ses articles 1442 à 1527, c'est-à-dire dans chacune de ses dispositions relatives au déroulement et à l'issue de l'arbitrage.

58 Ainsi, il va de soi que le « tiers », quel qu'il soit, ne peut lier les parties par son « avis », quelle que soit la dénomination qu'on en donne, que s'il en a reçu la mission, ou la « compétence », et qu'il doit exercer celle-ci dans les limites, sous les conditions et suivant les modalités définies par la convention qui l'unit aux parties⁷¹. De même, on ne voit pas quelle disposition du Code de procédure civile visant à remédier aux difficultés relatives à la constitution du « tribunal arbitral », à son fonctionnement, au défaut d'exécution spontanée de sa sentence ou aux contestations dont celle-ci peut faire l'objet, serait inadaptée, et pour cette raison rationnellement inapplicable, aux difficultés, strictement identiques du point de vue de leur nature, que peuvent provoquer l'expertise irrévocable ou « l'arbitrage contractuel ». Même cette voie de recours, heureusement devenue exceptionnelle depuis le décret de 2011, que constitue l'appel dans l'arbitrage interne, est pleinement compatible avec ces derniers. En

⁶⁸ Voy. not. Ch. Jarrosson, *op. cit.*, n° 486 et s.

⁶⁹ P. Mayer, note sous Cass. civ., 9 octobre 1984, *Rev. arb.*, 1986, p. 268 et note sous Paris 29 avril 2003, *JDI*, 2004, p.511.

⁷⁰ C'est ainsi, en particulier, qu'il faut approuver la Cour de cassation d'avoir appliqué l'article 2261 du Code civil, qui subordonne la validité des clauses compromissoires à la condition de se rapporter à des « contrats conclus à raison d'une activité professionnelle », à la stipulation d'un contrat d'assurance invalidité prévoyant, en cas de désaccord des parties relatif à la réalité du sinistre, le recours à une « procédure de conciliation » devant un médecin-expert dont les conclusions s'imposeraient à elles : Cass. civ. 2, 16 juin 2011, *Rev. arb.* 2011, 950, note Billefont ; *RGDA*, 2011.1139, note Schultz ; *Rev. Jur. com.*, 2012, 14, obs. Moreau.

⁷¹ Cette obligation, pour l'arbitre, de respecter les termes de sa mission emporte notamment les mêmes conséquences que le principe dispositif, qui s'impose généralement aux tribunaux ; mais, parce qu'elle est plus impérieuse encore, elle ne peut être confondue avec lui. Comp. P. Mayer, note sous Cass. civ. 3, 9 octobre 1984, précitée, spéc. p. 269 et s.

effet, si elle peut impliquer, compte tenu des « questions de fait » qu'ils concernent, que la cour d'appel recueille « l'avis » d'un autre « tiers-expert » pour rendre sa décision, nulle atteinte ou simple distorsion à ses propres fonctions ne peut en résulter : le recours à des techniciens n'est-il pas une mesure d'instruction banale pour les juridictions étatiques « du fond » ? S'il est donc assurément permis de mettre en doute la raison d'être de cette voie de réformation des sentences, qui constitue l'ultime vestige de la conception de l'arbitrage héritée de la période révolutionnaire, rien ne justifie, en tout cas, qu'on écarte de son domaine l'expertise irrévocable, non plus même que l'arbitrage de l'article 1592 du Code civil.

59 En définitive, il apparaît ainsi que toute distinction relative à la nature de la fonction exercée par un tiers, dont les parties s'obligent à respecter « l'avis » à propos d'une question sur laquelle elles ne parviennent pas à s'accorder, est aussi critiquable du point de vue des critères dont on cherche à la faire dépendre que des conséquences qu'on prétend y attacher. Dans tous les cas, ce tiers est un *mandataire* conjointement investi par des personnes dont les intérêts sont divergents pour établir en leur nom et pour leur compte commun un acte précisément destiné à surmonter cette divergence. Par conséquent, les conditions d'exercice de ses fonctions ne méritent pas plus de varier que ne mérite de varier la qualification de cet acte qu'il établit : il s'agit chaque fois d'une « sentence », laquelle s'apparente à une transaction.

B) La sentence s'apparente à la transaction.

60 Si nul n'est autorisé à se faire justice soi-même, nul n'est pour autant tenu de demander justice. Les tribunaux ne sont donc saisis que d'une infime partie des litiges, parce que le plus souvent l'un des intéressés se résigne devant ce qu'il considère néanmoins comme une injustice ou, plus rarement, parce qu'il renonce formellement à ses prétentions. Mais il est tout aussi bien permis de mettre un terme à un litige par convention. Si l'on néglige l'hypothèse où son issue est l'enjeu d'une partie de cartes à jouer, cette convention est normalement une transaction. Et pour en définir les termes, les parties peuvent avoir recours à un tiers, qui aura la qualité soit de médiateur, soit d'arbitre.

61 Le rapprochement du médiateur et de l'arbitre est particulièrement instructif. Sans doute leur confusion est-elle impossible, tant paraît évidente la différence qui les sépare. Mais ce qu'il importe de remarquer est que cette différence ne concerne en rien *l'objet* de leurs interventions respectives : dans les deux cas, *cet objet consiste en la recherche et la formulation d'une solution pour le litige* dont ils sont saisis. Ce qui distingue le médiateur de l'arbitre n'est donc pas la *nature*, contractuelle plutôt que juridictionnelle, de la mission qui leur est confiée, mais les *effets* que, *dans leurs rapports mutuels*, les parties sont convenues d'y attacher : si c'est à un médiateur qu'elles ont fait appel, elles restent libres de leur décision. Ce n'est qu'une fois connue la solution de ce médiateur qu'elles choisiront, soit de s'y rallier, soit de la rejeter. Et si elles s'y rallient, l'acte qu'il aura élaboré déterminera les termes de leur propre convention, laquelle s'analysera incontestablement alors en une transaction. En revanche, si elles ont eu recours à un arbitre, c'est qu'elles se sont par avance engagées l'une envers l'autre à se conformer à la solution qu'il aura définie⁷².

⁷² La pratique révèle d'ailleurs que le même « tiers » peut être investi par les parties d'une mission se traduisant par un « avis » obligatoire pour l'une, mais non pour l'autre : tel est par exemple le cas du médiateur du GEMA, dont les entreprises d'assurance affiliées à ce Groupement s'engagent à respecter les avis, alors que ceux-ci ne lient pas les assurés avec lesquels elles sont en litige. On ne voit pas comment ces *effets différents* d'un avis par

Or, pas plus que la nature de la mission de l'auteur intellectuel de cette solution ne varie selon les effets que les parties s'engagent l'une envers l'autre à lui attribuer, celle de la convention par laquelle elles s'obligent mutuellement ne peut varier selon qu'elles ont ou non recours à un mandataire pour en fixer les termes. La convention d'arbitrage, c'est-à-dire, selon les cas, le compromis ou l'accord compromissaire, n'est donc qu'une *variété de transactions*, dont l'originalité réside simplement dans le fait que son *contenu* est défini par un mandataire commun. Tel est ce dont il reste à tirer les conséquences.

1) Comme la transaction, la sentence a l'autorité de la chose convenue.

62 La sentence étant un acte élaboré par l'arbitre au nom et pour le compte *des deux parties*, et non une « décision de justice », elle s'analyse, non pas comme une prise de position d'un ordre juridique quelconque à propos du litige, mais comme une *convention* qui se substitue au rapport litigieux comme base de déduction, pour les ordres juridiques étatiques, de la situation respective de ces mêmes parties.

Mais l'autorité dont elle dispose entre ces dernières est une autorité d'emprunt : elle dérive exclusivement de la convention d'arbitrage, dont on vient de dire qu'elle ne constitue pas autre chose qu'une forme particulière de transactions. Plutôt que la sentence, qui fixe seulement le contenu de cette transaction, c'est donc l'accord d'arbitrage qui oblige les parties. Par voie de conséquence, l'autorité de la chose « jugée » qui est reconnue à la sentence par l'article 1476 CPC est celle-là même dont jouit, d'après l'article 2052 du Code civil, toute transaction : il s'agit seulement de l'autorité de la chose *convenue*. Elle signifie que, sauf exceptions justifiées par des considérations particulièrement impérieuses, le juge devant qui cette convention est invoquée ne peut contrôler, ni les raisons qui ont conduit les parties à la conclure, ni le contenu que, directement ou par le truchement de l'arbitre agissant en leur nom et pour leur compte, elles lui ont donné : quand bien même il estimerait que la contestation à laquelle elle vise à remédier aurait dû recevoir une solution différente, il est tenu, par principe, de respecter leur volonté, dès lors qu'elle a été valablement exprimée.

63 De cette réalité découle notamment que la sentence « d'accord-partie », qui embarrasse tant la doctrine et la jurisprudence dominantes⁷³, en ce qu'elle ne traduit évidemment pas le « pouvoir juridictionnel » dont l'arbitre serait prétendument investi, n'est pas d'une nature différente des autres sentences, et ne mérite donc pas d'être soumise à un régime distinct : loin d'être une anomalie, elle est, bien au contraire, l'issue toute naturelle, même si elle n'est sans doute pas la plus fréquente, du processus transactionnel auquel l'arbitrage correspond.

64 Et de cette même réalité découle également le régime de la convention d'arbitrage, et donc de la sentence qu'elle incorpore. Car s'il s'agit d'une transaction, elle n'en présente pas moins la grande originalité, par comparaison avec les autres formes de transactions, d'abandonner à un tiers, mandataire des parties, la détermination de son contenu concret. Or cette caractéristique ne peut rester sans influence sur ses conditions de validité. Pour l'essentiel, elle conduit à retenir une définition particulière de la cause des obligations qu'elle engendre, et donc de « l'autorité de la chose jugée » qui s'y trouve attachée : la cause de la

hypothèse unique pourraient s'expliquer s'ils devaient correspondre à des missions dont la *nature* serait elle-même différente.

⁷³ Voy. par exemple Cass. civ. 14 novembre 2012, *Rev. arb.*, 2013, p. 138, note Billefont, qui casse un l'arrêt d'une cour d'appel ayant reconnu à une telle sentence une nature, non pas contractuelle, mais « sentencielle » !

convention d'arbitrage, incluant la sentence, est constituée par l'analyse impartiale de la contestation dont elle définit la solution.

2) La convention d'arbitrage a pour cause l'analyse impartiale du litige.

65 Comme toute convention, la transaction ne mérite d'être sanctionnée en droit que si elle a une cause, qui constitue la justification, ou la raison d'être de l'obligation juridique que la loi y attache. Quoique l'article 2044 du Code civil ne l'indique pas, la doctrine enseigne généralement que cette cause est constituée par les concessions réciproques que les parties doivent se consentir.

En dépit des difficultés pratiques que sa mise en œuvre provoque, cette analyse apparaît pleinement justifiée. Dans la mesure où elle emporte renonciation des parties à faire apprécier par le juge les mérites de leurs prétentions respectives, l'efficacité de cette renonciation réciproque à leur « droit au juge » mérite incontestablement d'être subordonnée à la condition qu'elles y trouvent l'une et l'autre un avantage. Autrement dit, l'exigence des concessions réciproques s'explique par la nécessité de garantir que l'une ne profite pas indûment d'un rapport de force qui lui serait favorable ou abuse de la vulnérabilité, résultant d'une circonstance quelconque, de l'autre partie.

66 Dans le cas de l'arbitrage, toutefois, ce n'est pas de ce danger qu'il convient de préserver les intéressés : c'est de celui de l'arbitraire ou de la partialité. En effet, par la convention d'arbitrage, les parties s'en remettent aveuglément à l'arbitre pour ce qui concerne le contenu de la transaction par laquelle elles ont choisi de mettre un terme à leurs différends actuels ou éventuels. Or la confiance qu'elles accordent à cet arbitre peut être trahie. Voilà le risque qu'oblige à spécialement considérer le régime de cette transaction particulière qu'elles ont conclue. Et s'il va de soi que ce n'est pas par la condition de concessions réciproques que l'on peut le contrarier, toute la difficulté est de découvrir par quoi la remplacer.

67 De prime abord, le meilleur moyen de le combattre peut sembler consister à exiger de l'arbitre qu'il retienne, comme solution du litige, celle-là même qui se déduit des règles de droit qui lui seraient applicables devant un juge. On ne s'étonnera donc pas que tel est ce que lui imposait l'article 1019 du Code de procédure civile de 1806, et ce que persiste à lui imposer en principe les articles 1478 et 1511 du Code de procédure civile actuel. Et cependant, ce remède, nécessairement insuffisant dès lors qu'il est évidemment inapplicable dans le cas d'un arbitrage en amiable composition auquel les parties ont toujours été autorisées à recourir, s'avère en réalité aussi illusoire que profondément inadapté.

Il est illusoire en ce qu'il suppose que la notion de « règles de droit » à laquelle il se réfère est parfaitement intelligible. Tel n'est cependant pas le cas. En effet, elle ne l'est guère lorsque l'on a affaire à un arbitrage rendu à l'étranger ou à propos d'un litige « international » : outre qu'il ne serait pas justifié d'exiger alors de l'arbitre qu'il se référât aux règles de droit que désigne la règle de conflit de lois applicable pour un juge français, il est difficile d'ignorer que le sens des règles de conflit de lois françaises manque souvent de clarté. Mais en toute hypothèse, et même dans celle d'un arbitrage « franco-français », on a déjà remarqué ci-dessus qu'il n'est pas réellement concevable d'interdire que la mission de l'arbitre soit définie par référence à des règles morales, religieuses, professionnelles, ou de tout autre nature encore. On ne peut donc qu'approuver la jurisprudence, qui retient une interprétation très libérale de l'exigence en cause. Pourtant, si la notion de « règles de droit » n'est pas

entendue strictement, comme synonyme de « règles d'un ordre juridique précisément déterminé », elle perd toute signification véritable.

Mais le remède évoqué est également, et d'un double point de vue inadapté. Il l'est d'abord dans tous les cas où la solution du litige dépend exclusivement d'une appréciation de pur fait, c'est-à-dire dans ceux où le désaccord des parties concerne seulement les faits de l'espèce et où ce désaccord n'implique donc aucune prise de position de l'arbitre relative à l'identité ou le sens de la règle de droit applicable : la somme réclamée a-t-elle déjà été payée ; la perte invoquée a-t-elle réellement été éprouvée ; l'engagement allégué est-il de ceux qui ont véritablement été souscrits ? Il l'est ensuite et surtout parce qu'en toute hypothèse, il ne peut être utile que s'il se traduit par un contrôle effectif de la bonne application, par l'arbitre, des « règles de droit » en question. A défaut, la simple référence, purement formelle, que la sentence ferait à celles-ci n'offrirait aucune garantie sérieuse aux parties. Pourtant, il n'est que trop évident qu'un pareil contrôle ferait perdre au recours à l'arbitrage jusqu'à sa raison d'être : si, pour vérifier que l'arbitre a convenablement exécuté sa mission, le juge devant qui la sentence est critiquée doit comparer la solution qu'elle retient à celle à laquelle conduit une correcte application desdites règles, c'est qu'il doit intégralement rejurer l'affaire. Par conséquent, le recours à l'arbitre n'aura finalement été, pour les parties, que la cause d'une bien inutile perte de temps.

68 Ces dernières considérations valent également à propos du deuxième remède au risque d'arbitraire que retient le droit positif, et qui résulte de l'exigence que la sentence soit motivée. Sans doute pourrait-on y voir la simple traduction, dans le domaine de l'arbitrage, de l'obligation qui pèse sur tout mandataire de « rendre des comptes ». Mais s'il convient en effet de considérer qu'elle mérite principalement d'être sanctionnée dans le cadre des relations qui unissent l'arbitre à ses mandants⁷⁴, il n'est certainement pas illégitime d'en tenir également compte parmi les conditions mêmes de validité de la sentence : en imposant à l'arbitre de s'expliquer à propos de la solution qu'il retient, on réduit le risque de faire injustement supporter aux parties les conséquences d'une mission exécutée de manière désinvolte ou malhonnête. Toutefois, il convient de remarquer que, dans cette perspective, l'exigence en question ne serait pleinement efficace que si elle aboutissait à un contrôle de la *pertinence* des motifs de la sentence, ce qui, à nouveau doit être exclu sous peine de faire perdre à celle-ci sa raison d'être. Il faut donc se résoudre à ne vérifier que *l'existence* de la motivation, qui n'offre par elle-même qu'une garantie très limitée.

69 Voilà pourquoi le droit positif tend aujourd'hui à privilégier des garanties indirectes : celle résultant d'une transposition du principe du contradictoire, tel qu'il s'entend dans les instances judiciaires ; et celle qui se traduit par l'exigence que l'arbitre soit indépendant des parties. Autrement dit, il impose le respect de toutes celles qui méritent d'être requises de quiconque reçoit une mission dont l'exécution implique une parfaite impartialité : les juges, bien sûr ; mais tout aussi bien les experts judiciaires, les médiateurs, les membres des commissions d'enquête publique, les agents des autorités administratives indépendantes, même dépourvues de tout pouvoir juridictionnel, etc.

70 Il est sans doute permis de considérer que ces garanties, qui ne sont nullement dérisoires, ne sont pas toujours suffisantes, ou que leur mise en œuvre par la jurisprudence n'est pas pleinement satisfaisante. Ce qui est en tout cas certain, c'est que les solutions du

⁷⁴ Ce qui, en pratique, peut toutefois s'avérer difficile lorsque les sentences sont rendues par trois arbitres s'il n'en est pas formellement déduit qu'ils doivent être autorisés à exprimer des opinions dissidentes ou tenus de refuser de signer les sentences qu'ils désapprouvent.

droit positif, qu'aucun des développements qui précèdent ne remettent en cause – ils concernent exclusivement leur explication – ne pourront pas être sensiblement améliorées aussi longtemps qu'elles ne tiendront pas mieux compte de la nature véritable de l'arbitrage.