



LA REFORME DE L'ARBITRAGE : DE NOUVEAUX TERRITOIRES ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS – 27 mai 2002

*PAR GENEVIEVE AUGENDRE**

Pourquoi une nouvelle conférence sur l'arbitrage penserez-vous, après toutes celles, très brillantes, prononcées dans cette même salle par d'éminents orateurs : Monsieur le Sénateur Marini, Monsieur le Professeur William Park, Monsieur le Professeur Jarrosson, Monsieur Bertrand Moreau, pour ne citer que les plus récentes, sans oublier la prestigieuse démonstration qu'en avait faite Jean Robert avec le talent qui était le sien.

Il nous avait, si j'ose dire, « baladés » dans le Droit de l'arbitrage qu'il connaissait si bien, puisqu'il l'avait fait.

Tout simplement, parce que la réforme attendue de l'article 2061 du Code civil est arrivée et qu'elle ouvre certainement de nouveaux horizons.

DROIT & COMMERCE s'est toujours intéressée à l'arbitrage et avait mis ce sujet à l'ordre du jour de son voyage d'études en Tunisie en septembre 1999.

Il n'est plus question aujourd'hui de vanter l'arbitrage, qui répond au besoin d'être jugé ailleurs que dans les tribunaux, en raison notamment de sa confidentialité et de sa rapidité par rapport aux décisions judiciaires qui connaissent plusieurs degrés de juridiction.

Plus rapide mais aussi plus souple que la procédure étatique, adaptable à toutes les situations, efficace et préservant le secret des affaires dans le respect d'un débat contradictoire, l'arbitrage a connu dans le domaine commercial un essor considérable.

Enfin, le recours à des personnalités choisies en fonction de leur compétence, de leur indépendance et de leur diligence, sont un gage de sécurité de l'arbitrage.

* Geneviève AUGENDRE est Avocat à la cour, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre, Ancien Président de l'Association Droit et Commerce, Vice-Président de l'Association Française d'Arbitrage, Ancien Président de la Commission Internationale d'Arbitrage de l'Union Internationale des Avocats

Il a permis de résoudre un nombre important de litiges, portant souvent sur des intérêts considérables, et ce en raison de la technicité, de la flexibilité, de la sécurité juridique et de l'absolue confidentialité qu'il présente.

L'arbitrage est devenu incontournable dans le domaine international : pourquoi en effet l'une des parties à un litige international accepterait-elle de s'en remettre à la juridiction du pays de l'autre ?

La clause compromissoire contenue dans un contrat international, mettant en cause les intérêts du commerce international, est valable, quand bien même la loi interne l'aurait prohibée.

Qu'en est-il sur le plan national, essentiellement concerné par notre propos ?

Son domaine privilégié était bien sûr le droit commercial, puisqu'il s'agissait du seul domaine dans lequel les parties pouvaient, dès l'origine de leurs relations, décider de soumettre à des arbitres les contestations qui pourraient naître de l'exécution de leurs conventions, de leur interprétation ou de leur cessation, mais voilà que la réforme tant attendue bouleverse les esprits.

Alors que l'article 2061 du Code civil posait le principe de la nullité de la clause compromissoire, s'il n'en était disposé autrement par la loi, sa nouvelle rédaction insérée dans la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux « nouvelles régulations économiques », est désormais la suivante :

« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

La jurisprudence devra préciser la portée et l'étendue de « l'activité professionnelle », dont on peut rappeler la définition donnée par le dictionnaire juridique Capitant : « une activité accomplie à l'occasion de l'exercice d'une profession, qui présente un caractère habituel et dont le but est de procurer des ressources à son auteur ».

Il peut s'agir à l'évidence d'une activité libérale, mais aussi d'une activité artisanale ou agricole, ou encore des relations conclues pour les besoins de l'activité professionnelle des parties, mais aussi celle d'un particulier avec un professionnel, mais faut-il que l'activité soit professionnelle pour les deux parties ?

Si le nouvel article 2061 du Code civil se rapporte aux relations des professionnels libéraux entre eux, peut-on l'étendre à celles du professionnel libéral et d'un tiers : aux relations d'un médecin et de son patient, d'un architecte et de son client, d'un propriétaire et d'un locataire.

Le domaine est vaste mais il est permis de souligner deux exceptions : le droit de la consommation et le droit du travail.

La nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil nous amène à étudier successivement :

- l'évolution du droit positif,
- les nouvelles perspectives qu'offre la réforme.

L'évolution du droit positif

Le temps n'est plus de régler en équité les conflits mais d'appliquer des règles de droit, avec une très grande rigueur, même si les arbitres sont investis d'un pouvoir d'amicable composition.

A la différence des « bons offices » et de la médiation, sans force exécutoire, l'arbitrage au contraire lie les parties, qui s'engagent par compromis à exécuter la sentence.

Il n'est pas nécessaire de rappeler, que l'arbitrage est fondé sur une base contractuelle : la volonté des parties de soumettre leur différend à un tiers chargé de le trancher.

La convention peut intervenir lors de la signature du contrat incluant une clause compromissoire, ou à la survenance d'un conflit par la signature d'un compromis.

C'est une justice privée, mise en place par la volonté des parties.

L'ancien article 2061 du Code civil interdisait l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats civils, mais la signature d'un compromis était possible après la survenance du litige.

C'est ainsi qu'en présence d'une situation qui aurait interdit l'arbitrage, la signature par les parties d'un compromis, le litige étant né, leur permettait d'avoir recours à l'arbitrage.

L'exemple généralement cité est celui du contrat de travail : il touche à l'ordre public en application de l'article L111-1 al. 6 du Code du travail, tel qu'il résulte, de la loi du 16 mai 1982 qui dispose que les Conseils de Prud'Hommes sont seuls compétents pour connaître des litiges individuels nés d'un contrat de travail et d'ajouter : « Toute convention dérogatoire est réputée non écrite », mais, en application de l'article 2059 du Code civil, les parties sont autorisées, après la rupture du contrat de travail, à signer un compromis par lequel elles, soumettent leur litige à un arbitrage, les droits du salarié étant alors redevenus disponibles.

La Cour de cassation a admis la validité d'un compromis d'arbitrage signé après la rupture du contrat de travail : les parties, libres et capables de compromettre, pouvaient donc le faire de façon licite.

Est-il possible, avant que le litige soit né, c'est-à-dire dès le stade de la signature du contrat de travail, d'y insérer une clause compromissoire s'imposant à l'employeur et non au salarié ?

Certains y ont songé en prévoyant que le salarié pouvait s'opposer à la mise en place de la procédure arbitrale.

L'expérience ne dit pas le succès d'une telle disposition.

*
* * *

C'est au cours de la seconde moitié du XX^e siècle que l'arbitrage a connu un essor exceptionnel.

Jusqu'au décret de 1980, l'application de l'arbitrage était essentiellement jurisprudentielle.

Le décret de 1980 a codifié l'arbitrage sur le plan national, avant que le décret de 1981 le fasse sur le plan international.

Pendant, le décret de 1980 n'avait pas modifié l'article 2061 du Code civil, et la clause compromissoire demeurait nulle s'il n'en était disposé autrement par la loi.

L'ancien article 631 du Code de commerce, justement, en disposait autrement. Après avoir défini la compétence des tribunaux de commerce, il ajoutait en son, alinéa 2 : « Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées lorsqu'elles viendront à se produire ».

Était ainsi posé le principe de la possibilité d'insérer dans un contrat de nature commerciale, lors de sa signature, une clause compromissoire issue de la loi du 31 décembre 1925 et définie comme étant : « la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage le litige qui pourrait naître relativement à ce contrat. »

Jusqu'alors réservé à la matière commerciale, les personnes physiques pouvaient refuser de se voir imposer un arbitrage.

Il en résultait qu'une clause compromissoire, insérée dans les statuts d'une association de professionnels ou d'une Société Civile Immobilière, était nulle.

Depuis longtemps, la réforme de l'article 2061 du Code civil était souhaitée, en même temps que la modification de l'article 631 du Code de commerce, afin d'ouvrir l'arbitrage aux personnes physiques, en demeurant exclues les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation de corps, les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Il fallut près de 30 ans pour aboutir à la réforme et le début du XXI^e siècle voit s'ouvrir de nouveaux chantiers.

Divers projets avaient été élaborés, allant d'une proposition de l'inversion de la règle, selon laquelle la clause compromissoire serait valable, sauf si elle était stipulée dans un contrat conclu pour un usage pouvant être considéré comme étranger à l'activité professionnelle d'au moins une partie ou dans un contrat de travail, jusqu'à l'abrogation pure et simple de l'article 2061 du Code civil.

Quelques surprises étaient également - en cours de chemin - réservées.

La loi du 18 septembre 2000 en effet, instituant le nouveau Code de commerce, faisait disparaître l'article 631.

Les théoriciens qui s'en sont aperçu ont commenté en termes caustiques « cette énorme bourde législative », mais la plupart des praticiens ont fait comme si la compétence commerciale définie par l'ancien article 631 était toujours en vigueur, et la clause compromissoire valable dans les contrats commerciaux.

Certains auteurs ont même considéré que l'abrogation remontait à la loi du 17 décembre 1991, c'est-à-dire que pendant près de 11 années, les clauses compromissoires ont continué à être appliquées dans une indifférence générale.

La Cour de cassation avait d'ailleurs jugé, bien avant, en mai 1975, que la disparition d'un texte intervenue fortuitement à l'occasion de la codification de textes anciens, se trouvait dépourvue de conséquences quant à son sens et à ses effets.

Fort opportunément, le nouvel article L411-4 du Code de l'organisation judiciaire a rétabli les dispositions de l'ancien article 631 du Code de commerce et partant, la validité des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux.

Le Code de travail (art. L525-1 et L525-2) prévoit une possibilité contractuelle d'arbitrage pour les conventions collectives de travail.

Il faut aussi souligner les formes d'arbitrage de litiges individuels du travail, ceux qui concernent les journalistes professionnels et les avocats salariés.

Il s'agit là d'un arbitrage forcé

— s'agissant des journalistes, prévu par le Code du travail (art. L761-1),

— pour les avocats salariés, défini par la loi du 31 décembre 1971 (art. 7), qui renvoie les parties à l'arbitrage obligatoire du bâtonnier.

Pour les professionnels libéraux, la clause compromissoire insérée dans les statuts d'une association était nulle, comme l'était celle insérée dans les statuts d'une Société Civile Professionnelle.

Pendant, une exception notable a été apportée par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libéral à forme commerciale, qui autorise le recours à l'arbitrage pour les contestations entre associés, à raison de l'existence et du fonctionnement de la Société, alors même que le caractère civil, des actions en justice relatives au fonctionnement de ces sociétés est affirmé par la loi (art. 15 al. 1).

La difficulté d'interprétation de ce texte avait donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 octobre 1999 qui, à l'occasion d'un litige né du départ d'un vétérinaire d'une société de vétérinaires, assigné devant le Tribunal de grande instance par ses anciens associés en réparation de leur préjudice découlant de son départ et de la clause de non concurrence prévue dans le contrat, leur avait opposé la clause compromissoire qui figurait dans les statuts.

Les juges du fond avaient accueilli l'exception d'incompétence soulevée, en précisant que le litige trouvait bien sa source dans l'interprétation et l'application du pacte social.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en observant que, en l'état de ses constatations et énonciations, la cour d'appel avait pu déclarer irrecevable l'action litigieuse, en présence de l'existence d'une clause compromissoire.

Monsieur le Professeur Jacques Mestre, commentant cet arrêt, se félicitait de la solution intervenue, alors que l'espèce soulevait deux difficultés : la loi du 31 décembre 1990 visait les SELARL, SELAFA et SELSA et non le titre relatif aux sociétés en participation à exercice libéral et, de plus, le litige n'était pas né entre associés mais entre ex-associés.

Ainsi que le souligne le Professeur Mestre, ces deux éléments n'ont manifestement pas suffi à provoquer la censure par la Cour de cassation de l'arrêt d'appel qui s'était directement appuyé, tant sur les termes de l'article 631-1 du Code de commerce, que sur ceux de la clause compromissoire.

Le chemin était tracé pour les professionnels libéraux exerçant en société commerciale.

La profession d'avocat a intégré la règle nouvelle dans l'ensemble de ses dispositifs spécifiques et l'arbitrage du bâtonnier a un caractère obligatoire dans les litiges entre avocats, et non seulement pour les avocats salariés.

Nous y reviendrons.

La loi du 15 mai 2001 allait opportunément apporter une rédaction nouvelle de l'article 2061.

Pour y parvenir, le chemin n'a pas été aisé.

Il a tout d'abord été envisagé d'abroger purement et simplement l'article 2061, tout en proposant de maintenir des exclusions (droit du travail, droit de la consommation).

Il avait été aussi imaginé d'abroger le dernier alinéa de l'article 631 du Code de commerce, puisque son existence ne se justifiait que comme exception à l'article 2061 du Code civil, avant de proposer de le conserver, même si l'on se trouvait en présence d'une compétence exclusive d'une juridiction étatique particulière.

Ces propositions n'ont pas été suivies, mais dans un premier temps, avait été suggérée la rédaction suivante : « *la clause compromissoire est valable entre professionnels, à moins qu'elle n'ait été imposée à une partie par un abus de puissance économique de l'autre* ».

On retrouvait là le souci historique de protection du contractant le plus faible.

La doctrine rappelle que l'arrêt fondateur « l'arrêt Prunier » du 10 juillet 1843, s'appuyait pour annuler une clause compromissoire insérée dans un acte civil, sur la nécessité de protéger le contractant le plus faible, contre une stipulation risquant de devenir une clause de style.

Cependant, la rédaction proposée était source de litige quant à l'appréciation de la « *puissance économique* » d'une partie sur l'autre, et du seuil de l'abus d'une telle puissance.

La dépendance du faible à l'égard du fort était dépassée.

Cette proposition n'a heureusement pas été suivie, et il est intéressant de rappeler les diverses étapes de la réforme.

Le 17 octobre 2000, le Sénat proposait sous forme d'amendement

- 1) l'abrogation de l'article 2061 du Code civil,
- 2) de compléter l'article L511-1 du Code du travail par un alinéa ainsi rédigé : « *La clause compromissoire est réputée non écrite pour tous les litiges qui, en vertu du présent article, sont de la compétence du Conseil de Prud'Hommes* ».
- 3) de compléter le titre III du Livre I du Code de la Consommation par de nouvelles dispositions prévoyant que serait réputée non écrite la clause compromissoire dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, ou encore dans des contrats portant sur les instruments financiers conclus par des opérateurs non avertis ; l'exception était étendue aux baux de locaux à usage d'habitation et aux baux ruraux ainsi qu'aux règlements de copropriété.

Le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale soulignait le 12 janvier 2001 que l'article additionnel adopté par le Sénat constituait une évolution opportune et proposait de n'y apporter aucune modification, dans l'attente du texte qui devait être élaboré par le gouvernement.

On lit dans son rapport : « *Tout le monde s'accorde pour dire que la prohibition générale de la clause compromissoire est aujourd'hui inadaptée et la réflexion sur une éventuelle réforme occupe les spécialistes depuis de nombreuses années.*

Dans son principe, l'article additionnel adopté par le Sénat constitue donc une évolution opportune. Cependant, les conséquences du retournement d'une interdiction à une autorisation de principe doivent être soigneusement étudiées ».

Le Ministre de la Justice propose alors une autre rédaction : « la clause compromissoire est valable entre professionnels, à moins qu'elle n'ait été imposée à une partie par un abus de puissance économique de l'autre ».

La protestation du milieu de l'arbitrage fut générale, car la formulation reprenait l'idée contestée « d'abus de puissance économique » d'une partie sur l'autre, avec son cortège de difficultés.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale le 24 janvier 2001 fut à nouveau examiné par le Sénat.

Selon Monsieur le Sénateur Philippe Marini, la prohibition de principe posée par l'article 2061 du Code civil dans sa rédaction de 1972, accompagnée de multiples exceptions isolait la France au sein de l'Europe et nuisait à l'intelligibilité du droit français par les opérateurs économiques.

Il ajoutait : « La suppression de cette prohibition peut contribuer à désengorger les tribunaux en favorisant le règlement par voie d'arbitrage de litiges dans lesquels une méthode simple et rapide est appropriée, comme dans le cas de litiges entre associés de sociétés civiles professionnelles ».

Monsieur Jean-Jacques Hyst, rapporteur de la Commission des Lois, de son côté, s'interrogeait sur l'établissement d'une liste des domaines où la clause compromissoire doit rester interdite.

Je le cite : « nous risquons de nous apercevoir qu'il serait désormais possible d'introduire une clause compromissoire dans les domaines où la loi devrait normalement l'interdire. Le retournement complet du dispositif me paraît inquiétant ».

Il proposait de prévoir les cas dans lesquels il serait possible d'inclure une clause compromissoire.

C'est aujourd'hui chose faite et la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil, incluse dans la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001, a adopté la rédaction que nous savons.

Il nous est apparu intéressant de rappeler les travaux préparatoires, car ils illustrent l'esprit de la réforme, pour rechercher si le nouvel article 2061 du Code civil va étendre le champ de l'arbitrage.

Nous allons dans une seconde partie examiner les nouvelles perspectives qu'offre la réforme.

II Les nouvelles perspectives qu'offre la réforme

Il n'est pas possible d'aborder les nouveaux territoires que découvre le nouvel article 2061 du Code civil, sans avoir présent à l'esprit le poids de l'histoire et de la reconnaissance jurisprudentielle de la nécessité de protéger la partie faible.

Pour Monsieur le Professeur Jarrosson, l'interprétation erronée de l'arrêt Prunier par la jurisprudence allait conduire à considérer que la clause compro-

missoire était prohibée en droit français en toutes situations et non pas seulement lorsqu'une partie a été en mesure d'imposer la clause à l'autre.

En n'abrogeant pas purement et simplement l'interdiction contenue dans l'ancien article 2061, le législateur n'a pas entendu pour autant libéraliser complètement l'arbitrage puisqu'il l'a ouvert « aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

La loi du 15 mai 2001 n'a pas modifié l'article 2059 du Code civil qui exige, pour avoir recours à l'arbitrage, la disponibilité des droits, ni l'article 2060 qui exclut le statut des personnes, le divorce et plus généralement les matières qui intéressent l'ordre public.

Ne sont pas concernés par la réforme

— le droit de la consommation : aucune disposition législative particulière ne validant une clause compromissoire stipulée dans un contrat de consommation, et ce dans un souci de protection,

— le droit du travail, à l'exception des réglementations déjà soulignées, antérieures à la réforme de l'article 2061 du Code civil,

— le domaine du droit extra patrimonial de la famille, sur lequel pèse l'ordre public, alors pourtant que les parties disposent de leurs droits, ceux-ci étant, il est vrai, de nature familiale et non professionnelle.

Monsieur le Professeur Cathala, dans une remarquable conférence présentée à l'Association Française d'Arbitrage, avait souligné l'intérêt qu'il y aurait à soumettre à l'arbitrage les litiges nés du règlement d'une succession ou encore d'une liquidation de communauté.

Monsieur le Professeur Jarrosson quant à lui considère qu'il ne faut pas condamner la clause compromissoire en matière civile, notamment entre deux particuliers, mais seulement dans les rapports entre professionnel et non professionnel lorsqu'un abus de puissance est à craindre.

Le domaine nouveau de l'arbitrage est désormais celui des « contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Il s'agit là d'un vaste domaine, aussi vaste que les dispositifs de droit économique que visait à réglementer la loi NRE du 15 mai 2001.

L'activité professionnelle est sans nul doute, celle accomplie à l'occasion de l'exercice d'une profession, qui présente un caractère habituel et a pour but de procurer des ressources à son auteur.

Cet aspect de l'activité professionnelle est aussi celui retenu par les grandes Conventions européennes.

— La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles,

— Les Conventions de Bruxelles et de Lugano,

— La Directive du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993,

— Le Règlement du Conseil des Communautés Européennes du 22 décembre 2000.

L'activité professionnelle - c'est au premier chef bien sûr - celle des professionnels libéraux.

Monsieur le Bâtonnier Lafarge, qui était un visionnaire, appelait de ses vœux, la réforme de l'article 2061 du Code civil ; souhaitant étendre aux pro-

professionnels libéraux la possibilité d'arbitrage, il commençait ainsi la conférence qu'il donnait en Septembre 1986 à l'Association Française d'Arbitrage sur le thème « L'arbitrage des professions libérales » : « L'ensemble des membres des professions libérales, quelle que soit la discipline exercée, ont tous, ou presque tous, en commun, d'être dans le secret des hommes et des entreprises. Ces secrets sont plus ou moins grands, mais il est incontestable qu'il se forge entre le professionnel libéral et son client quel qu'il soit, des relations particulières, dont les principales expressions sont la CONFIANCE et la CONFIDENTIALITÉ ».

CONFIANCE et CONFIDENTIALITÉ : deux qualités essentielles de l'arbitrage, et le Bâtonnier Lafarge d'ajouter : « Dans ces conditions, il est difficile pour le médecin, l'avocat, l'expert-comptable, pour ne citer que ceux-là parmi tant d'autres, de se présenter devant leur juge et devant le tribunal de leur ville pour exposer leur conflit ».

Et de conclure

« Cette première réflexion nous amène à considérer que l'arbitrage doit être un mode naturel de règlement des conflits entre membres d'une profession libérale ».

Les professionnels libéraux sont organisés en Ordres et les Ordres professionnels interviennent généralement pour que soient respectées les obligations déontologiques de leurs membres.

Cependant, l'organisation de ceux-ci au travers d'associations, de sociétés civiles professionnelles, de sociétés d'exercice libéral, dépasse largement le cadre de la déontologie.

L'expérience démontre que si les professionnels concernés ne parviennent pas à trouver entre eux un accord, par la médiation ou la conciliation, comme il est prévu pour les médecins, ils n'ont d'autre recours que de s'adresser aux tribunaux.

Les magistrats professionnels ne comprennent pas toujours les raisons de leur saisine, la motivation des parties et les conséquences du litige qui leur est soumis : l'arbitrage confié à des spécialistes est à cet égard un avantage considérable.

De plus, le recours aux tribunaux, compte tenu du double degré de juridiction, peut entraîner, pour trouver une solution aux difficultés, un long délai pendant lequel les situations matérielles des professionnels libéraux concernés peuvent connaître des situations dramatiques au regard de leur exercice professionnel ou de leur patrimoine.

La paralysie que peut entraîner un litige peut être fatale pour une entreprise libérale.

C'est pourquoi, depuis longtemps déjà, était espérée la réforme qui permettrait aux professionnels libéraux d'avoir sans difficulté recours à l'arbitrage.

Depuis quelque temps, certains Ordres professionnels avaient tenté une forme d'organisation permettant à leurs membres d'avoir accès à l'arbitrage.

C'est ainsi que le Conseil Supérieur de l'Ordre des Vétérinaires a mis en place en 1977 une Commission d'arbitrage et élaboré un règlement, soulignant que l'intérêt de l'arbitrage n'est plus à prouver en matière de conflits professionnels entre vétérinaires

— rapidité de la procédure,

- compétence technique particulière des arbitres choisis,
- et surtout caractère confidentiel.

Les experts comptables ont établi une liste d'arbitres auxquels il est possible de s'adresser en cas de difficulté.

Les médecins, jusqu'alors, n'avaient pris aucune disposition, continuant d'insérer dans les contrats entre professionnels une clause de conciliation obligatoire préalable à la saisine d'un tribunal.

L'on connaît les limites de ce mode traditionnel de résolution des conflits au sein de l'institution ordinale, puisque l'absence de conciliation ou le refus de l'exécuter oblige à la saisine d'une juridiction, avec les inconvénients que l'on sait : longueur et coût de la procédure.

De plus, les magistrats professionnels, s'ils sont habilités à régler tous litiges, ne sont pas forcément familiers des principes spécifiques qui régissent une profession, ou encore des règles déontologiques qui s'imposent à elle.

Un exemple vécu peut être cité : à la suite du départ d'un praticien d'un établissement d'hospitalisation privée, la mise en place d'une conciliation ordinale avait abouti à la signature d'un procès-verbal de conciliation invitant les praticiens à trouver entre eux un accord.

Dix années plus tard, cet accord n'était pas trouvé : le médecin qui considérait avoir été la victime et refusait l'accord proposé, avait saisi le Tribunal de grande instance compétent qui, 6 ans plus tard, l'avait débouté de ses prétentions.

Seize années s'étaient écoulées, pendant lesquelles les soucis avaient subsisté de part et d'autre, sans solution.

Cet exemple n'est pas isolé.

Monsieur le Docteur Etienne Dusehu, alors Président de la section « Exercice Professionnel » du Conseil National de l'ordre des Médecins, présentant un rapport au mois de Janvier 2000, soulignait l'importance de la conciliation traditionnellement inscrite dans les missions de l'Ordre, mais espérait que l'arbitrage contribuerait à limiter le poids sans cesse grandissant du contentieux.

Il rappelait que l'une des fonctions de l'institution ordinale est de traiter les situations conflictuelles qui surviennent naturellement dans le cours de la pratique médicale, que ce soit entre médecins ou entre médecin et tiers.

Ses fonctions se situent dans un contexte de médiation - imparfaite - si la solution recherchée n'aboutit pas.

Désormais l'arbitrage est ouvert aux professionnels pour régler les litiges existant entre eux.

La question peut se poser de savoir s'il est également possible dans les relations des professionnels et de leur clients, ou si l'activité doit être professionnelle pour les deux parties.

C'est ce que nous allons maintenant examiner.

A. Relations entre professionnels

Il n'est désormais plus contestable que des professionnels, liés par contrat dans le cadre d'une structure d'exercice, même non commerciale, peuvent avoir recours à l'arbitrage.

C'est l'essence même de la réforme de l'article 2061.

De quelle nature peuvent être ces difficultés ?

Il peut s'agir des conditions d'intégration d'un professionnel dans une structure, des modalités de sa sortie, de la fixation de la valeur des parts, ou encore du fonctionnement de l'exercice libéral lui-même.

L'exercice libéral n'est plus l'artisanat du début du XX^e siècle.

Les entreprises libérales sont de véritables entreprises maniant souvent des capitaux considérables : si le médecin de campagne, l'avocat individuel ou l'expert comptable isolé, sont encore des artisans, en revanche, les structures sont de plus en plus importantes, regroupant des professionnels du droit ou ceux du chiffre (à ne pas confondre !) et le monde de la santé lui-même connaît des regroupements importants, de laboratoires d'analyses, de radiologues, de systèmes de soins.

Toutes ces entreprises ont une valeur patrimoniale considérable.

Désormais, il ne fait aucun doute que les professionnels libéraux ont la possibilité de recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, et la clause compromissoire insérée dans leurs conventions sera valable.

Jusqu'à présent, certaines instances professionnelles recourent à l'arbitrage, par l'effet direct de la loi ou par la norme imposée par la profession, l'arbitrage pouvant être obligatoire comme pour les avocats ou laissé au choix des parties, comme pour les vétérinaires ou les experts comptables.

L'expérience du Barreau de Paris en matière d'arbitrage mérite d'être soulignée.

Je vous renvoie à cet égard à l'excellente étude qu'en avait faite Bertrand Moreau dans le n° 3 de *La Revue de l'Arbitrage* 1993.

L'auteur rappelait que l'arbitrage du Bâtonnier est une expression inhérente à la tradition des Barreaux.

On peut ajouter qu'elle découle aussi du rôle d'autorité conféré au Bâtonnier qui exerce un *imperium* et peut dicter à ses confrères ses directives quant à leur comportement.

Au sein du Barreau, l'arbitrage s'est peu à peu mis en place et est désormais, intégré dans le règlement intérieur.

Pour reprendre l'expression du Bâtonnier Flécheux, il s'agissait d'un arbitrage « *forcé* ».

La loi du 31 décembre 1990, portant réforme des professions judiciaires et juridiques, va mettre en place l'arbitrage obligatoire du Bâtonnier, pour fixer en cas de litige le prix des parts sociales d'une Société civile professionnelle, les parties étant renvoyées en cas de désaccord à la fixation du prix de cession à dire d'expert.

La question était controversée de savoir si le Bâtonnier pouvait être l'expert prévu par la loi.

Pour Monsieur le Bâtonnier Flécheux, la procédure d'évaluation des parts était en réalité un arbitrage.

La Première chambre de la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 21 mai 1996, a considéré que l'arbitre, comme le ferait le juge, ne peut éluder le recours à l'expert prévu par l'article 1843-4 du Code civil, confirmant dès lors

que la fonction arbitrale du Bâtonnier de Paris est assimilable à une fonction juridictionnelle dont la désignation - nécessaire - aboutit à un avis qui s'imposera à l'arbitre.

Au Barreau de Paris, divers modes d'arbitrage ont été mis en place pour contourner la difficulté alors posée par la rédaction de l'ancien article 2061 du Code civil :

- un arbitrage imposé par le Règlement Intérieur,
- l'arbitrage prévu en matière de fixation d'honoraires, étant souligné qu'il oppose l'Avocat à son client ou à un ancien client avec lequel il a - ou a eu - des liens de nature professionnelle.

L'avocat inscrit au Barreau de Paris est présumé avoir volontairement accepté l'arbitrage du Bâtonnier.

Il s'est, de ce fait engagé, en cas de difficulté, à signer un compromis d'arbitrage.

Un tel arbitrage avait été reconnu valable par la cour de Paris et la Cour de cassation, dès lors qu'il existe un compromis d'arbitrage et que les litiges sont nés de l'exercice en groupe de la profession d'avocat (Cour de Paris, Première chambre, 7 février 1994).

La loi du 31 décembre 1971, portant réforme des professions judiciaires, disposait en son article 21 que le Bâtonnier prévient et concilie les différends professionnels entre les membres du Barreau.

Cette tentative de conciliation préalable est à rapprocher de celle suivie par le Conseil National de l'Ordre des Médecins.

L'article 56 du Code de Déontologie Médicale dispose en son alinéa 2 « qu'un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du Conseil Départemental de l'Ordre ».

La recherche d'une solution amiable est une obligation déontologique soumise à deux conciliateurs, mais l'on sait que si ceux-ci n'aboutissent pas à un accord entre les parties ou si l'accord proposé n'est pas exécuté, le problème reste entier : le recours à l'arbitrage doit pallier cette difficulté.

Il est désormais mis fin à un régime arbitral incohérent et à une certaine hypocrisie qui consistait à détourner la prohibition en couvrant la nullité de principe par la signature d'un compromis, après la naissance du litige.

Le nouvel article 2061 est un grand progrès : les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, pourront contenir une clause compromissoire - désormais parfaitement valable.

B. Une seconde question se pose

La clause compromissoire est-elle possible entre un « professionnel » et un « non professionnel », ou bien l'exigence posée par le texte impose-t-elle que l'activité soit professionnelle pour les deux parties ?

Peut-on concevoir que, dans le contrat qui se forme entre le médecin et le patient, l'architecte ou l'expert comptable et son client, puisse être insérée une clause compromissoire ?

Certains auteurs ne le pensent pas et en particulier Madame le Professeur Anne Laude qui considère que le patient est un consommateur de soins, et que dès lors, il pourrait s'y opposer.

Pour Monsieur le Professeur Jarrosson « *certes, le texte ne précise pas que l'activité professionnelle doit être celle des deux parties, mais il serait contraire à son esprit de valider une clause compromissoire simplement parce que l'une des deux personnes a agi en raison d'une activité professionnelle ; en effet, tout contrat de consommation est par hypothèse conclu par l'une des parties dans le cadre de son activité professionnelle et par l'autre partie, le consommateur, hors d'une telle activité* ».

Pourtant, le texte ne dit pas que le caractère professionnel de l'activité doit s'appliquer aux deux parties.

Pour Monsieur le Professeur Philippe Fouchard « *il est nécessaire, pour que joue le principe de validité d'une clause compromissoire, que pour toutes les parties au contrat, celui-ci ait été conclu dans le cadre et pour les besoins de leur activité professionnelle* ».

Il exclut de ce fait les contrats pour lesquels une des parties au moins n'a pas agi pour les besoins de son activité professionnelle (contrat de consommation par exemple) ou encore dans un contrat purement civil conclu entre deux particuliers.

Nous pensons quant à nous qu'il est possible d'insérer une clause compromissoire dans un contrat entre deux parties qui n'exercent pas la même activité professionnelle.

Il ne fait aucun doute que l'architecte, l'expert-comptable, signe avec son client un véritable contrat de nature professionnelle.

Si un écrit n'est pas justifié entre un patient et un professionnel de santé, en raison de la nature des liens qui se créent, fondés sur la confiance, il est cependant permis de souligner que de plus en plus de patients signent un document par lequel ils reconnaissent que le médecin, le chirurgien, leur a fourni une information éclairée, selon l'article 35 du Code de Déontologie Médicale, et les décisions récentes de la Cour de cassation considèrent comme fautif le manquement à l'obligation d'information, entraînant la responsabilité du médecin.

La loi du 4 mars 2001 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, souligne que la matière médicale n'est pas hostile tant s'en faut au développement du règlement amiable des conflits.

Si le nouvel article L1142-5 du Code de la Santé Publique institue des Commissions dotées d'un rôle de conciliation pour un nombre impressionnant de litiges, et souligne que ces Commissions sont chargées « *de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux infections diatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que les autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes producteurs de produits de santé* » ; il s'agit là de réparer les conséquences d'un aléa thérapeutique.

Dès lors qu'un règlement amiable est institutionnalisé, pourquoi écarter l'arbitrage, qui devrait devenir un mode possible de règlement des litiges entre praticiens et malades.

Faut-il rechercher sur ce point l'esprit de la réforme et considérer que le malade est la partie faible par rapport au médecin - ou le contraire : nous pensons que dans la recherche de la réparation d'un préjudice, la partie faible n'est pas toujours celle que l'on pense et le malade pourrait souhaiter voir réparer rapidement le préjudice qu'il subit.

Il semble souhaitable de permettre la mise en place d'une procédure d'arbitrage entre médecin et malade, quitte à celui-ci à s'y opposer s'il le souhaite.

Puisque la clause compromissoire est désormais valable dans les contrats non commerciaux conclus en raison d'une activité professionnelle, pourquoi ne pas l'appliquer aux actes mixtes conclus entre un commerçant et un professionnel non commerçant.

Examinons maintenant les domaines pour lesquels la réforme n'est pas forcément applicable.

C. Dans le domaine des baux

Pour Monsieur le Professeur Philippe Fouchard « en s'attachant exclusivement à l'activité professionnelle, le texte est indifférent à l'objet du contrat et à ses liens avec les aptitudes techniques des parties. En d'autres termes, il importe peu que le contrat soit conclu ou non dans le cadre de la spécificité professionnelle de chaque partie. Il faut et il suffit qu'il le soit pour les besoins de son activité professionnelle » (Revue de l'arbitrage 2001- n° 3).

Dès lors, il est permis de penser que les baux commerciaux, les baux à usage professionnel, et les baux ruraux pourront contenir une clause compromissoire, puisque, par définition, ils auront un caractère professionnel pour les deux parties.

Il en va autrement pour les baux à usage d'habitation, pour lesquels le déséquilibre présumé des parties demeure, comme pour les règlements de copropriété.

Il ne paraît pas possible d'imposer l'arbitrage à ce que l'on appelle « une partie faible », comme le serait un locataire face à son propriétaire.

Faut-il voir là une réminiscence de l'arrêt Prunier du 10 juillet 1843.

La suppression dans le texte définitif de la notion de clause « imposée à une partie par un abus de puissance économique de l'autre », permet d'écarter les restrictions envisagées préalablement.

Dès lors n'en seraient exclus que les contrats pour lesquels une partie n'a pas agi pour les besoins de son activité professionnelle, et encore à la condition que la partie dite faible s'oppose à la mise en place de la procédure d'arbitrage.

Tel est le principe, mais plus délicat sera l'application dans le temps de l'article 2061 du Code civil.

Selon le Professeur Jarrosson, si l'on considère que l'on se trouve en matière contractuelle, la règle de survie de la loi ancienne est de principe ; en conséquence, la loi nouvelle ne devrait s'appliquer qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur, mais dès lors que l'on ferait prévaloir l'aspect processuel de l'arbitrage, l'application immédiate du nouveau texte s'imposerait.

C'est cette seconde interprétation que nous préconisons, dans un souci d'efficacité et de sécurité des relations juridiques.

D. Voyons maintenant le droit de la propriété intellectuelle

L'on sait que les problèmes relatifs à la validité d'un brevet d'invention ne sont pas arbitrables comme tenant à l'ordre public, mais la validité de la clause compromissoire pourrait être étendue à la protection des œuvres de l'esprit, droit d'auteur et au droit des dessins et modèles.

La question est aussi délicate que le domaine auquel il s'attache et celui du domaine des œuvres de l'esprit est de ceux-là.

Peut-on considérer qu'il existe une partie forte : le titulaire de la marque ou le propriétaire d'un modèle, et une partie faible : le contrefacteur, ou bien peut-on considérer que dans leur activité respective, ils ont agi dans le cadre d'une activité professionnelle.

Cependant, depuis l'ordonnance du 25 juillet 2001 qui dispose (art. L.511-9) que la protection du dessin ou modèle conférée par les dispositions du présent titre s'acquiert par l'enregistrement, l'on touche au domaine de l'ordre public, mais les relations commerciales des parties, tenant à l'exploitation d'un dessin ou d'un modèle et relative en particulier au contrat de licence d'exploitation, devraient pouvoir rentrer dans le champ de l'arbitrage.

La question est délicate et la réponse réservée.

Mais l'auteur qui signe avec son éditeur un contrat d'édition, signe un contrat qui est à l'évidence conclu pour l'activité professionnelle des deux parties.

L'arbitrage devrait être étendu au droit d'auteur et à la protection des œuvres de l'esprit.

Seules la doctrine et la jurisprudence pourront dire si l'arbitrage était étendu à ce droit tout à fait particulier de la propriété intellectuelle.

E. Personnes liées dans le cadre d'une société commerciale

Enfin, si les personnes liées à une société commerciale sont habilitées à soumettre leur différend à un arbitrage, le lien créé entre elles l'étant par leur appartenance commune à la société, il est possible d'en déduire que leurs relations sont de ce fait professionnelles.

Dès lors, il serait souhaitable de considérer que leurs rapports à l'intérieur de toute société civile ou commerciale seraient du domaine de l'arbitrage, à la faveur du même raisonnement.

Le contrat conclu entre les associés à raison de l'activité professionnelle qui est celle de la Société, permet d'inclure dans le champ de l'arbitrage les litiges survenant entre associés.

Ainsi la clause compromissoire ne demeurerait prohibée que dans le droit de la consommation, dans le contrat de travail, et dans les domaines touchant à l'ordre public.

F. Droit international

Bien que la réforme issue de la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil concerne au premier chef le droit interne, il n'est pas possible de terminer un propos sur l'arbitrage, sans dire quelques mots de la matière internationale.

Depuis fort longtemps, la Cour de cassation a négligé la règle posée par l'ancien article 2061 du Code civil en matière internationale.

Elle admet la validité de la clause compromissoire dans les actes mixtes aussi en matière civile, dès lors que l'on se trouve dans un domaine international.

Selon la Cour de Paris, la clause compromissoire est licite en tant que telle dans l'ordre international, en vertu du principe général d'autonomie de la convention d'arbitrage, même dans les domaines où elle aurait été interdite en droit interne.

De plus, la France a levé le 17 novembre 1989 la réserve de commercialité qu'elle avait effectuée en ratifiant la Convention de New York, supprimant de fait la distinction en matière internationale entre droit civil et droit commercial.

En conclusion

Peut-on donner une réponse à la question posée, et la réforme de l'article 2061 du Code civil, permet-elle d'entrevoir de nouveaux territoires et lesquels ?

L'imprécision de la nouvelle rédaction de l'article 2061 ne dissipe pas toutes les interrogations.

S'agissant du Code de la consommation notamment, il permet au juge de déclarer non écrites les clauses d'arbitrage, si elles ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif.

La règle est inversée, passant d'une interdiction de principe à une validité de principe, mais des incertitudes demeurent.

Pour reprendre l'élégante expression du Professeur Philippe Delebecque, « l'arbitrage perdrait sans doute de sa crédibilité à vouloir baigner toutes les terres ».

De nouveaux territoires s'ouvrent certes, mais ils sont limités : la définition donnée par le nouvel article 2061 entend réserver l'arbitrage « aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Selon quelles modalités le vaste champ d'activité des professionnels, et spécialement des professionnels libéraux, va-t-il envisager l'arbitrage, et quelle sera l'autorité qui appréciera la compétence du Tribunal arbitral ?

Devra-t-on se référer au principe absolu en matière d'arbitrage international de l'application de la règle de « compétence/compétence » des arbitres pour statuer sur leur propre compétence, ou devra-t-on s'en remettre aux tribunaux ou encore aux Ordres professionnels.

Si chaque Ordre professionnel peut avoir tendance à attirer dans son sein une organisation d'arbitrage s'adressant aux membres d'une même profession au sein d'un même Ordre, ne faut-il pas étendre le champ d'activité à d'autres structures s'agissant de groupements de diverses professions, de holdings ou de rapports internationaux ?

Les Ordres professionnels doivent-ils mettre en place en leur sein une structure d'arbitrage, ou rejoindre une organisation déjà existante, généralement à objectif commercial qui, jusqu'alors, leur était seule réservée ?

Les différents Ordres professionnels doivent-ils mener une réflexion commune pour permettre la mise en place d'un centre spécifique des professions libérales ?

Certains le pensent, d'autres estiment au contraire que la spécificité de chaque activité professionnelle justifie que ce soit au sein de la profession ou d'un ensemble de professions, que soit menée la réflexion.

Il est évident que l'un des avantages de l'arbitrage sera de permettre aux parties de soumettre leur litige à des spécialistes choisis pour leur compétence, mais élaborer un règlement d'arbitrage n'est pas chose facile, le mettre en place requiert une certaine expérience et suivre les procédures d'arbitrage est délicat, tant il est vrai qu'elles se heurtent à de nombreux pièges qui peuvent en affecter la validité.

Tout cela justifie une expérience déjà ancienne.

Certains professionnels libéraux, en particulier les médecins, avaient songé à une association autonome interne, mais les dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence, requièrent que le juge soit indépendant et les arbitres choisis au sein de l'Ordre ne répondaient pas forcément à ces critères.

Aussi, songent-ils à créer une autorité indépendante rattachée à une association préexistante, qui ferait bénéficier les professionnels de la santé de son expérience et de son appui logistique.

En permettant aux professionnels libéraux d'insérer dans leur contrat une clause compromissoire, ces professionnels libéraux se voient reconnaître comme étant de véritables acteurs de la vie économique.

La réforme était nécessaire.

Certains ont pu s'étonner de trouver dans la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001, dont on a dit qu'elle était une loi « *fourre-tout* », la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil, nous pensons que ce n'est pas forcément un hasard.

Notre dernier mot sera pour constater que justice est enfin rendue à l'activité professionnelle, et à la place qui est la sienne dans la société moderne.

Croyant en la valeur de l'arbitrage comme solution au règlement des litiges, croyant en l'avenir de l'activité professionnelle et spécialement de l'activité libérale, nous ne pouvons que nous en réjouir, et aborder avec enthousiasme les terres émergées des nouveaux territoires.