

afa

Association
For
Arbitration

Association
Française
d'Arbitrage



Paris, 14 juin 2016

Dîner débat de l'A.F.A.

La réforme du droit des contrats, quel impact sur l'arbitrage ?

Communication de Jean-Philippe DOM
Professeur à l'Université de Rouen

Monsieur le Président, chers Collègues, chers Confrères, chers Amis, Mesdames, Messieurs, l'Association Française d'Arbitrage a bien voulu m'accorder sa confiance pour vous présenter les contours du thème de cet important dîner-débat et je l'en remercie vivement.

Le titre en est : « **La réforme du droit des contrats : quel impact sur l'arbitrage ?** »

A lire l'important Rapport au Président de la République accompagnant la réforme du 10 février 2016, ce thème pourrait être perçu comme un non-sujet.

Pétrie de qualités, la réforme affirme, modernise, clarifie, simplifie, précise, aménage et regroupe les règles du droit des contrats.

Elle est présentée comme une œuvre de sécurité juridique et d'attractivité du droit français.

Elle opère une codification des évolutions jurisprudentielles, procède au nettoyage d'expressions et de concepts vieillissés ou paraissant trop complexes. Elle innove également, de façon importante, sur des terrains que la doctrine a déjà abordés en profondeur.

Qu'en est-il des rapports qu'elle entretient avec l'arbitrage ?

De prime abord, pour les cocontractants professionnels agissant dans le cadre de leur activité, l'impact de la réforme du droit des contrats sur l'arbitrage paraît de faible importance.

La loi crée un article 1230, aux termes duquel :

« La résolution du contrat n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution (...) »

Ce qui était la conséquence de l'autonomie de la clause compromissoire bénéficie dorénavant de façon automatique à l'ensemble des clauses relatives au règlement des différends.

On ne trouve aucune autre disposition mettant en évidence une prise en considération de l'arbitrage par le nouveau droit des contrats.

Et pourtant..., s'agissant aussi bien des conditions (I) que de la mise en œuvre de l'arbitrage (II), la réforme du droit des contrats pourrait avoir un impact.

I. L'impact de la réforme sur les conditions de l'arbitrage

Pour ce qui est, en premier lieu, des conditions de l'arbitrage, celles-ci tiennent à la licéité de la clause compromissoire (A) et à l'arbitrabilité du litige (B).

A. La licéité de la clause compromissoire

Parmi les principes qui président à l'examen de la licéité de la clause compromissoire, il convient de s'arrêter sur la protection du cocontractant faible, telle qu'elle ressort notamment des articles 2059 et 2061 du Code civil.

Le législateur institue une distinction tranchée selon que le contrat est conclu de gré à gré ou par voie d'adhésion.

Or, par opposition avec le contrat de gré à gré le contrat d'adhésion est « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (C. civ., art. 1110, al. 2).

Comme chacun sait, le contrat d'adhésion peut exister entre professionnels, à raison de leur activité.

Cela est fréquent dans le droit de la distribution entre fournisseurs et distributeurs ou dans les réseaux de distribution ; en droit des sociétés, on retrouve le contrat d'adhésion dans les rapports financiers que nouent les managers avec les fonds d'investissement ou les établissements de crédit.

La partie forte détermine les conditions générales du contrat. Elle peut imposer une clause compromissoire à son cocontractant.

Stricto sensu, suivant l'article 2059 du Code civil, la partie faible au contrat d'adhésion conserve la libre disposition de ses droits.

Cette libre disposition se traduit par la faculté d'acquiescer ou non à l'acte proposé.

Licite à la lumière des dispositions régissant le droit de l'arbitrage, la clause compromissoire accompagnant l'adhésion encourt-elle une critique sur le terrain du droit commun des contrats ?

Dans les contrats d'adhésion, l'article 1171 nouveau du Code civil répute non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

De prime abord, le principe du recours à une justice privée entre professionnels exerçant une même activité ne semble pas créer en lui-même un tel déséquilibre.

L'égalité des parties gouverne l'arbitrage.

Néanmoins, la question des frais de l'arbitrage, si une partie devient économiquement faible peut emporter les débats sous un autre angle.

Après la licéité, qu'en est-il de l'arbitrabilité ?

B. L'arbitrabilité à l'aune d'un ordre public étendu

En alimentant l'ordre public d'une conception extensive de la bonne foi dont le respect devra être contrôlé à l'occasion de la négociation, de la formation et de l'exécution du contrat (C. civ., art. 1104), le législateur pourrait avoir fait évoluer en profondeur notre droit.

Auparavant, il fallait au demandeur caractériser la mauvaise foi de son cocontractant pour voir son comportement sanctionné.

Demain, le juge sera amené à réprimer tout agissement précontractuel ou contractuel non conforme à la bonne foi.

L'article 2060 du Code civil dispose que l'on ne peut compromettre dans les matières qui intéressent l'ordre public.

Certes l'on sait, depuis les arrêts Labinal et Ganz, qu'en matière internationale l'arbitre peut tirer toutes les conséquences de l'ordre public, sous le contrôle du juge de l'annulation.

La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont transposé ces solutions dans l'ordre interne.

En principe, les questions touchant au respect de l'ordre public et donc de la bonne foi ne devraient pas être soustraites à l'appréciation des arbitres.

Mettant en œuvre l'ordre public et les règles impératives, le tribunal arbitral pourrait ainsi être amené à sanctionner par la nullité du contrat l'irrespect de l'obligation précontractuelle d'information (C. civ., art. 1112-1) ou le manquement à l'ordre public (C. civ., art. 1162 et 1178).

Cependant, depuis la réforme, la sanction de la contrariété à l'ordre public, appelle la compétence expresse du « juge ».

Faut-il en déduire que le juge étatique est devenu seul compétent pour apprécier ce qui relève de l'ordre public du fait de la loi nouvelle ?

Si tel devait être le cas, on se trouverait alors en présence d'une réduction considérable du domaine de l'arbitrabilité, ce que ne peut pas avoir souhaité le législateur alors qu'il cherche, par tout moyen, à désencombrer les juridictions qui contribueront à la justice du XXIème siècle.

L'image de Paris, en tant que place de l'arbitrage, s'en trouverait affectée et, s'agissant de son objectif d'attractivité du droit français, la réforme serait déjà un échec.

Néanmoins, les termes de la loi suscitent l'interrogation.

« Le juge » doit être saisi :

- pour que le bénéficiaire d'un droit de préférence soit substitué dans les trois du cessionnaire (C. civ., art. 1123, al. 2) ;
- ou en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadres (C. civ., art. 1164, al. 2),,
- ou pour annuler un contrat qui ne remplit pas les conditions de sa validité (C. civ., art. 1178).

On retrouve cette compétence du « juge » expressément requise par l'article 1195 du Code civil relatif à l'imprévision, pour adapter le contrat à la demande des parties ou le réviser à défaut d'accord.

Par ce recours à la notion de « juge », la loi entend probablement donner compétence à toute personne ayant la faculté de dire le droit.

Investi par les parties contractantes de la fonction de juger, l'arbitre possède toutes les prérogatives de la jurisdictio.

La question ne manquera cependant pas d'être soulevée, notamment, on le pressent, en matière d'imprévision, où la portée du principe supplétif telle que le Rapport la projette, reste à définir.

Sur ce terrain, des réponses pourront être apportées, par la jurisprudence ou à la suite d'une question ministérielle.

L'impact de la réforme sur les conditions de l'arbitrage existe, il paraît cependant limité.

Qu'en est-il de son impact sur la mise en œuvre de l'arbitrage ?

II. L'impact de la réforme sur la mise en œuvre de l'arbitrage

La réforme est à même de provoquer un développement de l'arbitrage de façons quantitative et qualitative.

A. Aspects quantitatifs

D'un point de vue quantitatif, la doctrine a d'ores et déjà remarqué que la réforme instituait de profonds changements de paradigmes et opérait d'importants glissements conceptuels.

Il faudra peut-être des années pour que les juridictions étatiques stabilisent les réponses qui permettront aux justiciables de bénéficier de toute la sécurité que nécessite la pratique contractuelle.

D'ores et déjà des voix s'élèvent et utilisent cet argument pour proposer d'écarter le droit français comme loi d'autonomie dans les contrats internationaux.

Une partie de la pratique cherche à neutraliser la compétence du juge étatique et les effets négatifs de l'application de la réforme.

La solution résiderait, selon elle, dans la systématisation du recours à une clause compromissoire organisant l'arbitrage par voie d'amiable composition.

L'amiable composition pourrait être un des moyens d'éviter les difficultés nées de l'interprétation de concepts nouveaux, comme « le but contractuel », ou des standards du droit que sont notamment le raisonnable, l'excès, l'équilibre et le légitime ; standards dont le Code civil regorge dorénavant.

L'amiable composition, en ce qu'elle impose au tribunal arbitral de motiver sa sentence avec des arguments d'équité, éviterait encore aux arbitres la tâche ardue consistant à définir la frontière, souvent floue semble-t-il, entre ce qui, dans les nouvelles dispositions légales, relève de l'impératif ou du supplétif.

Au demeurant, il peut sembler paradoxal de chercher à fuir le juge étatique parce qu'il se trouve chargé de rétablir l'équilibre contractuel, pour s'adresser à un tribunal arbitral devant statuer en équité.

Pour prévenir le risque de développement du contentieux, d'autres solutions pratiques existent déjà.

En collaboration avec l'IEAM, l'AFA a récemment organisé une conférence relative aux partenariats de la nouvelle économie.

A cette occasion, les directions juridiques de grandes entreprises ont précisé que les groupes de contrats propres à ces opérations sont, en raison de leur complexité et de leur nécessaire pérennité, suivis par des comités de pilotage destinés à accompagner leur renégociation et leur adaptation aux évolutions des techniques, du marché et du contexte économique.

Dans les limites de leur effet utile, en fonction de l'importance du contrat, ces conventions ne devraient-elles pas se généraliser ?

En outre, dans ces aménagements contractuels, n'y aurait-il pas une place pour le médiateur et, en cas de blocage, l'arbitre ?

En posant cette question, on passe déjà de la dimension quantitative à la dimension qualitative.

B. Aspects qualitatifs

D'un point de vue qualitatif, pour maintenir tous ses attraits à l'arbitrage, il paraîtrait bien venu que, sous l'impulsion de la pratique, les conventions d'arbitrage assurent la promotion de solutions adaptées aux nouvelles techniques.

Ainsi on pourrait se demander :

- S'il ne convient pas de développer la pratique des clauses de force majeure et de hardship (CCI 2003, Clause de force majeure et de hardship) ?
- Si les nouvelles possibilités qui s'offrent aux cocontractants quant à la dénonciation unilatérale des conventions ne devraient pas les inciter à accompagner leurs engagements de clauses compromissaires facilitant le recours à un arbitre unique intervenant dans l'urgence ?

Enfin pour garantir l'intégrité de l'arbitrage à l'occasion de sa mise en œuvre, on pourrait encore se demander si l'obligation de bonne foi dans les négociations et son corollaire immédiat, l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil, ne vont pas inciter les arbitres, que l'arbitrage soit ad hoc ou institutionnel, à systématiser la pratique des questionnaires relatifs à leur indépendance et à leur impartialité.

Plus spécifiquement, s'agissant de l'arbitrage institutionnel, les justiciables se trouvent en présence d'un contrat d'adhésion.

Sont donc applicables :

- les dispositions du Code civil relatives à son interprétation (C. civ. art. 1190 : le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé)

- celles suivant lesquelles sont réputées non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (C. civ., art. 1171).

Les institutions d'arbitrage vont donc être amenées à relire leur règlement d'arbitrage en procédant à un véritable examen de conscience : n'y a-t-il pas dans le règlement d'arbitrage une clause qui pourrait caractériser un déséquilibre significatif dans les rapports que nouent l'institution et les parties ?

Ce florilège de questions ne prétend, bien entendu, aucunement à l'exhaustivité ; il ne fait que bien modestement préfigurer les importants débats que va maintenant animer mon Collègue, Monsieur le Pr Cohen, auquel je rends tout de suite une parole que je n'ai que trop longtemps monopolisée.

Je vous remercie de votre attention.