

L'ARBITRE EST UN JUGE

SÉBASTIEN MANCIAUX

*Maître de Conférences HDR à l'Université de Bourgogne,
membre du CREDIMI*

Ecrire que l'arbitre est un juge, est-ce faire acte de foi ou tirer la conclusion qui s'impose à l'issue d'une analyse juridique rigoureuse ? Au regard des controverses animées qui continuent d'agiter la doctrine à ce sujet de nos jours, y compris dans un pays réputé favorable à l'arbitrage comme l'est la France, un observateur néophyte pourrait être tenté d'opter pour la première branche de l'alternative proposée. En réalité, les positions tranchées adoptées en la matière résultent d'une différence d'approche dans les réflexions menées par les uns et par les autres.

L'origine conventionnelle de la mission confiée à l'arbitre est l'argument principal retenu par ceux qui refusent à l'arbitre la qualité de juge (ou à un tribunal arbitral la qualité de juridiction), pour s'en tenir aux écrits les plus récents¹. Et effectivement, en ne prenant en considération que le seul consentement des parties comme fondement de la désignation et de la mission de l'arbitre, il est possible de nier à l'arbitre la qualité de juge : « *Admettre que les effets du consentement se ramènent à la création d'une « juridiction arbitrale » est un pur artifice, dès l'instant que l'arbitre n'est pas l'organe investi de la fonction de juger d'un ordre juridique étatique, encore moins d'un ordre juridique anational.* »². Et il est même possible d'inverser le raisonnement : « *En réalité, c'est au contraire parce que*

¹ V. Par exemple S. AKHOUD, *La notion de partie dans l'arbitrage*, thèse Versailles (dactylographiée), 6 décembre 2012, p. 296. V. également A. BENABENT, « Première entrave à l'arbitrage » *D.* 2012, 19 janvier, p. 159. L'auteur déduit d'une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendue le 28 juin 2011 que « *l'arbitre ne serait pas une juridiction* ». Dans cette décision la chambre commerciale de la Cour de cassation avait refusé la transmission d'une QPC soumise par un arbitre, motif pris de ce que l'arbitre étant « *investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties* », il « *ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'ordonnance de 1958 portant organisation du Conseil constitutionnel* ». L'interprétation retenue de cet arrêt de la Cour de cassation est contestable : si l'arbitre ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au regard d'une norme précise, cela ne signifie pas qu'il n'est pas une juridiction tout court, l'arbitre étant d'ailleurs doté, selon cette même décision de la Cour de cassation d'un pouvoir juridictionnel...

² C. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Editions IRJS, T. 32, 2011, p. 305.

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

L'ARBITRE EST UN JUGE

l'arbitre (c'est-à-dire n'importe qui) n'est pas un juge, que sa sentence est, non pas une « décision de justice » mais un acte purement privé et que sa mission est de nature, non pas juridictionnelle, mais strictement conventionnelle. »³.

Toutes ces analyses ignorent ou récusent l'autre fondement de la mission des arbitres qu'est le fondement législatif. Il est pourtant frappant de relever le nombre de législations consacrées à l'arbitrage de par le monde⁴. Il n'est pas nécessaire de faire le décompte exact des Etats qui ont élaboré de telles législations pour affirmer que ceux qui ne l'ont pas fait sont assurément très minoritaires⁵. Le fait qu'en 2013 149 Etats soient parties à la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères témoigne suffisamment de la place réservée à l'arbitrage dans la plupart des Etats de la planète⁶. Et pour s'en tenir aux quelques lignes qui vont suivre, il n'est sans doute pas inutile de rappeler qu'elles ont été rédigées à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage de 1993 et que des références y seront faites aux législations algériennes, marocaines et françaises en la matière⁷. Et comment ne pas immédiatement penser aux lois sur l'arbitrage britannique, suisse, belge (cette dernière étant en cours de révision au moment où ces lignes sont écrites), etc. ?

Ces différentes législations ne valent pas que par leur nombre : leur contenu est également instructif. De leur lecture il ressort que l'arbitre se voit confier mission et pouvoir juridictionnels : l'arbitre est donc également juge de par la loi (I). Mais constater que l'arbitre est un juge ne suffit pas ; il convient encore de s'interroger sur le ou les ordre(s) juridique(s) dans le(s)quel(s) les arbitres exercent leur fonction de juges et sur l'hypothèse d'un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) dont l'arbitre serait le juge (II).

³ V. HEUZÉ, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, 1^{er} décembre, pp. 2880 et s.

⁴ Sur ce constat, v. déjà E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Coll. Livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, spéc. p. 91.

⁵ En ce sens déjà, v. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987, p. 2. Pour un rapide tour d'horizon par ensembles régionaux -et au milieu des années 90- des principales lois nationales sur l'arbitrage (international), v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, pp. 83 et s.

⁶ V. le site internet de la Cnuced, dernière consultation le 6 juin 2013 :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁷ A la différence du droit tunisien de l'arbitrage dont les dispositions sont regroupées dans un code spécifique, les règles des droits algérien, français et marocain de l'arbitrage ont été insérées dans le Code de procédure civile de chacun de ces Etats : articles 1006 et suivants du Code de procédure civile algérien pour les règles du droit algérien de l'arbitrage réformé en 2008, article 1442 et s. du Code de procédure civile français pour les règles du droit français de l'arbitrage réformé par un décret du 14 janvier 2011, article 306 et s. du Code de procédure civile marocain pour le droit marocain de l'arbitrage réformé par une loi n°08-05 du 30 novembre 2007.