

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'INARBITRABILITÉ DES LITIGES

LAURENT POSOCCO

Référence de publication : Gaz. Pal. 28 déc. 2013, n° 156f6

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Arbitrage : entre théorie et pratique - » de la Gazette du Palais.

Cette analyse consiste à rechercher une explication à l'inarbitrabilité des litiges qui ne se fonde pas sur une qualification du seul rapport substantiel.

1. La difficulté de l'entreprise consistant à trouver un critère d'exclusion de l'arbitrage a maintes fois été relevée. Afin de découvrir, non pas un critère, mais une explication à l'inarbitrabilité, une idée simple sera développée : l'arbitrage doit cesser de puiser ailleurs qu'en lui-même les causes de son éviction. Une démarche traditionnelle – qui soulève des interrogations –, consiste à expliquer l'inarbitrabilité des litiges sur le fondement d'une qualification du rapport substantiel (I). Une autre démarche – qui doit être approuvée – situe les racines de ce rejet intus et in cute, au cœur même de la technique arbitrale (II).

I – CRITIQUE DES FONDEMENTS EXOGENES D'INARBITRABILITE

2. Une première série de critères d'inarbitrabilité emprunte au rapport substantiel les fondements de l'exclusion du procès privé. On peut qualifier ces critères d'exogènes. Ils ne fournissent pas de véritables motivations à l'inarbitrabilité. Ils permettent tout au plus de proposer des corrélations entre l'inarbitrabilité et un autre phénomène. Ils ont pour eux d'être souvent construits autour de réalités jurisprudentielles. Il en ira ainsi de l'inarbitrabilité par nature de la matière, de l'ordre public, ou encore de l'extrapatrimonialité.

3. Matières inarbitrables par nature. Selon une première proposition, les litiges désignés par l'article 2060 du Code civil seraient, par nature, inarbitrables. Il s'agit du divorce, de l'état et la capacité des personnes, des matières intéressant l'ordre public ou encore des litiges publics. Il reste qu'il n'est pas évident de déterminer ce qui, parmi les propriétés des litiges énoncés à l'article 2060 du Code civil, pourrait provoquer une inarbitrabilité congénitale. Une chose est extrêmement surprenante : l'article 2060 du Code civil ne fait aucune allusion à la matière pénale. Or, le litige pénal est sans doute l'un des plus intrinsèquement inarbitrables de tous. Le caractère non exhaustif de la nomenclature est établi dès lors que l'article 2060 du Code civil vise, sans les désigner, toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Pour cette raison, on ajoute parfois à cette énumération les litiges fiscaux, ceux intervenant en matière de procédures collectives, ou encore en matière répressive. Cette première approche donne peu d'éléments permettant d'analyser les obstacles qui empêcheraient l'arbitrage. Au contraire, en poussant le raisonnement, on concevrait que les impératifs de discrétion, de célérité ou encore d'équité, par exemple de certaines procédures de divorce, s'accommoderaient parfaitement du recours au juge privé. Et la

solution ne serait pas choquante. N'a-t-on pas envisagé un moment de soumettre ces affaires inarbitrables par nature à des notaires ? N'a-t-on pas parfois diminué dans des proportions importantes le rôle du juge aux affaires familiales¹ au point, ces dernières années, d'envisager un « divorce sans juge »² ? De la même manière, la question de l'implication des personnes publiques dans des procédures arbitrales est de plus en plus souvent débattue³. Le litige public changerait-il de nature au point d'être parfois inarbitrable par nature en droit interne et arbitral en droit international⁴ ? L'inventaire de l'article 2060, descriptif, apparaît de moins en moins indiscutable. Rien ne semble plus vraiment gravé dans le marbre.

4. Matières d'ordre public. Une autre proposition, proche de la précédente, serait d'exclure l'arbitrage des matières d'ordre public⁵. Pendant longtemps, un litige ne pouvait pas être soumis à l'arbitrage dès lors qu'il touchait l'ordre public. Cette conception est peut-être plus paradoxale qu'il n'y paraît. En effet, la présence de nombreuses règles d'ordre public dans une discipline n'aurait-elle pas dû, au contraire, militer pour une plus grande arbitrabilité des litiges puisque l'arbitre n'aurait pas pu ne pas appliquer lesdites dispositions ? N'y avait-il pas moins de danger à soustraire à la compétence du juge public les litiges intervenant dans une matière exclusivement composée de dispositions substantielles d'ordre public que dans une matière constituée de dispositions d'ordre privé ? En cas de violation de l'ordre public par l'arbitre, la sentence n'aurait-elle pas été contestable⁶ ? Le renversement de cette solution a été très progressif. Les premières décisions procédaient d'une « méfiance extraordinaire à l'égard de l'arbitrage »⁷ dont on craignait qu'il n'assure pas inconditionnellement le respect des règles impératives⁸. Aujourd'hui, la coïncidence entre l'ordre public et l'inarbitrabilité est souvent remise en cause⁹. L'arbitre constate la violation de l'ordre public¹⁰ et la sanctionne¹¹. Le critère ne se suffit pas à lui-même et il nécessite que l'on s'interroge sur les motivations du dispositif qui ne peut plus reposer sur l'idée d'une méfiance vis-à-vis de l'arbitre.

5. Matières extrapatrimoniales. Enfin, dernier critère reposant sur une qualification du droit substantiel : la patrimonialité. On parle parfois de patrimonialité du litige pour en réalité exprimer celle du droit subjectif. Les droits extrapatrimoniaux sont ceux qui ne sont pas considérés au regard de leur valeur pécuniaire. Ils seraient toujours indisponibles¹² et leur indisponibilité s'appliquerait en particulier aux litiges intervenant en droit de la personnalité¹³, portant sur le droit à l'intégrité physique ou à l'intimité de la vie privée d'une personne, intéressant le commerce des éléments du corps humain, ou encore le droit moral de l'auteur ou de l'artiste sur son œuvre¹⁴. Le critère de la patrimonialité du droit subjectif est généralement considéré comme le plus libéral de tous¹⁵. Dans le système français, il est assurément incomplet puisqu'il est adouci par la compétence exclusive des juridictions étatiques. C'est ainsi que le droit fiscal, par exemple, met en œuvre des droits parfaitement patrimoniaux alors que les litiges intervenant dans ce domaine sont souvent inarbitrables.

6. L'extra-patrimonialité, l'ordre public, la nature inarbitrable du droit en discussion ne qualifient ni le litige, ni le procès, ni l'action, ni la règle de compétence. Ils s'adressent au rapport substantiel. Or, il est admis, depuis longtemps maintenant que, par l'arbitrage, les litigants ne renoncent jamais aux droits subjectifs issus du rapport substantiel. Par conséquent, écarter l'arbitrage à chaque fois que l'on ne peut renoncer auxdits droits subjectifs est une solution qui repose sur un raisonnement profondément erroné.

Par l'arbitrage, les parties ne font qu'exclure la compétence du juge public au profit d'un juge privé. Pour ces raisons, il convient d'orienter différemment l'investigation, en direction de justifications procédurales endogènes, propres à la technique arbitrale.

II – RECHERCHE DE CAUSES ENDOGENES D'INARBITRABILITE

7. Une solution simple serait ainsi d'éliminer l'arbitrage¹⁶ chaque fois que le litige relèverait de la compétence exclusive ou impérative d'une juridiction ou d'une autorité étatique. On a dit, à juste titre, que ce critère n'était pas toujours pertinent¹⁷, car la compétence exclusive des tribunaux serait une notion réservée à l'organisation judiciaire¹⁸. Elle ne regarderait pas l'arbitrage. Par exemple, en matière de baux ruraux, la jurisprudence a toujours considéré que la compétence du tribunal paritaire, bien qu'exclusive et impérative¹⁹, pouvait être écartée au profit d'une juridiction arbitrale²⁰.

8. Comment conviendrait-il de comprendre cette notion de compétence exclusive et d'ordre public afin qu'elle s'adresse aussi à l'arbitrage ? Sur ce point, une démonstration convaincante a pu être suggérée²¹. Elle ne se contente pas de décrire une corrélation entre l'inarbitrabilité et la compétence exclusive, mais elle s'interroge également sur les motivations du mécanisme d'exclusion de l'arbitrage. En cela, cette démarche tend à une compréhension du phénomène. Elle a pu soutenir notamment que, si en attribuant à une règle de compétence les qualificatifs d'« exclusive et d'ordre public », ou d'« impérative », le législateur a entendu organiser la répartition des compétences entre les juridictions étatiques, alors rien ne s'oppose à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage, puisque l'arbitre n'est pas concerné par ces règles (ex. : baux ruraux). En revanche, si dans les mêmes circonstances le législateur a voulu que tous les aspects d'une question soient concentrés dans les mains d'une unique juridiction, seul moyen pour mener à bien le but poursuivi par la loi, alors la ratio legis s'opposerait à ce que le litige soit arbitral. Cette proposition prend comme exemple la procédure collective qui nécessite d'être regroupée devant un même tribunal pour pouvoir atteindre l'objectif qu'elle s'est fixé²². La question qui se pose est celle, non seulement du regroupement de l'affaire, mais également celle du regroupement devant la juridiction publique. Pourquoi, en effet, la juridiction compétente pour connaître de tout le dossier ne serait-elle pas la juridiction arbitrale ? Pourquoi la concentration du contentieux ne se ferait-elle pas, en présence d'une convention d'arbitrage, devant le juge privé ? Dans le cas des affaires connexes²³, par exemple, un argument voisin avait pu être développé et la solution avait consisté à réunir l'ensemble devant la juridiction arbitrale²⁴.

9. La clé de compréhension pourrait être la suivante. Le droit indisponible ou disponible, en matière arbitrale, aurait une définition qui lui serait propre. La notion de disponibilité s'adresserait, non pas au droit substantiel, mais à la seule règle de compétence en faveur des tribunaux étatiques. Ladite règle de compétence serait disponible lorsqu'elle serait susceptible d'aménagements conventionnels au profit de l'arbitrage ; elle serait indisponible lorsqu'on ne pourrait y déroger au profit de l'arbitrage. Cette

analyse résulte de l'article 2059 du Code civil qui dispose que l'on peut « compromettre dans toutes les matières dont on a la libre disposition ». L'indisponibilité ne résulterait pas de la qualification du droit subjectif, mais de la qualification de la seule règle de compétence. En effet, le texte de l'article 2059 du Code civil se trouvait, de 1806 à 1972, à l'article 1003 du Code de procédure civile. Le transfert vers le Code civil a sans doute été une maladresse. L'indisponibilité est donc une notion procédurale. Elle résulte, soit de choix d'organisation juridictionnelle, soit de considérations tenant au lien des litiges en questions avec des intérêts prédominants²⁵. Elle peut se fonder sur deux types de raisonnements.

10. Dans une première série de litiges, on écarte l'arbitrage parce que l'arbitre est impuissant pour prononcer la sanction (ex. : litige pénal). Les soubassements de cette impuissance ne sont pas impénétrables mais, assurément, ils ne sont pas seulement juridiques. L'exclusion de l'arbitrage résulte avant tout de la place que l'on entend réserver au monopole de la justice publique²⁶. C'est une réflexion sur le rôle de l'État qui doit être menée lorsque l'on propose d'augmenter ou de diminuer la sphère d'intervention du juge libre dans ces matières. La distribution correspond à des choix majeurs de la société²⁷.

11. Dans une deuxième série d'hypothèses, le rejet de l'arbitrage est destiné à permettre le bon déroulement de la procédure et, notamment, à préserver l'accès au juge, le plus souvent en raison de considérations économiques. La juridiction privée est en effet payante et sans ressort territorial. Et lorsque la technique est inadaptée, elle est souvent repoussée. La mise en quarantaine de l'arbitrage peut résulter de l'inarbitrabilité des litiges (ex. : entreprises en difficultés) ou du rejet de la clause compromissoire (ex. : en matière d'arbitrage interne : droit de la consommation, droit civil non professionnel). Ces hypothèses posent elles aussi la question de la place de l'État²⁸, mais, dans ces situations, un tel débat n'est peut-être pas décisif ; en tous cas, il n'a pas la même importance. C'est avant tout pour des raisons techniques, de préservation de l'accès au juge et de bonne administration de la justice – liées essentiellement au coût et à l'incommodité du procès privé et/ou à la faiblesse réelle ou supposée de l'intérêt du litige –, que l'arbitrage est boudé.

Notes de bas de page

1 –

V. par ex., pour un exposé de la réforme de la L. n° 2004-439, du 26 mai 2004, J. Lafond, « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce » : JCP N 2005, n° 10, 1181. La procédure de divorce par consentement mutuel est la principale bénéficiaire de la volonté de « simplification » affichée par le législateur. La procédure est allégée au détriment du rôle du juge. Par exemple, il n'y a plus qu'une seule et unique comparution (au lieu de deux) devant le juge, et le jugement n'est pas susceptible d'appel.

2 –

H. Fulchiron, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial ») » : D. 2008, p. 365 ; X. Labbé, « Le divorce par notaire » : D. 2008, p. 144 ; F. Rome, « La guerre du droit a bien eu lieu, celle de la justice est à venir... » : D. 2008, p. 209.

3 –

Rapp. du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative : Rev. arb. 2007, p. 651, obs. J.-L. Delvolvé, p. 373 et S. Lemaire, p. 407 ; JCP A 2007, 2093, D. Labetoule.

4 –

Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966 : Bull. civ. I, n° 256 ; D. 1966, p. 575, note J. Robert ; JCP G 1966, n° 14798, note P. Ligneau ; JDI 1966, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note C. Goldman.

5 –

Cette solution s'inspirerait tantôt de l'article 2059 du Code civil, qui dispose que l'on peut « compromettre dans toutes les matières dont on a la libre disposition », tantôt de l'expression mentionnée au premier alinéa de l'article 2060 du Code civil, qui interdit de « compromettre sur les contestations dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public », encore qu'une combinaison des deux textes ait pu être admise.

6 –

T. Clay, « La responsabilité civile du centre d'arbitrage » : D. 2007, p. 2916, n° 1.

7 –

E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1024.

8 –

Ibid.

9 –

Cass. com., 20 nov. 1950, Tissot c/ Neff : Bull. civ. III, n° 355 ; D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note J. Robert ; Gaz. Pal. Rec. 1951, I, p. 80 ; Cass. com., 27 juin 1956 : Bull. civ. III, n° 196 ; Rev. arb. 1957, p. 14 – Comp. cependant Cass. 2^e civ., 2 déc. 1964 : JCP G 1965, II-14277 dont la motivation est ambiguë – V. égal. CA Paris, 15 juin 1956 : JCP G 1956, II-9419, note H. Motulsky ; Rev. arb. 1956, p. 97 ; Gaz. Pal. Rec. 1956, II, p. 123 – CA Paris, 8 mars 1960 : JCP G 1962, II-12478 – CA Paris, 9 janv. 1962 : JCP G 1962, II-12478 – CA Paris, 12 févr. 1963 : JCP G 1963, II-13281, note P. Level – CA Colmar, 29 nov. 1968 : JCP G 1970, II-16246 – CA Rennes, 26 sept. 1984 : Rev. arb. 1986, p. 441, note P. Ancel ; RTD. civ. 1951, p. 106, obs. P. Hébraud ; JCP G 1955, II-8483, H. Motulsky ; JCP G 1955, II-8566 ; JCP G 1956, II-9079 ; JCP G 1956, II-9419 ; H. Motulsky, *Écrits*, t. II, p. 53 et s.

10 –

Cass. com., 20 nov. 1950, Tissot c/ Neff, préc.

11 –

CA Paris, 29 mars 1991 : Rev. arb. 1991, p. 478, note L. Idot – V. égal. CA Paris, 19 mai 1993 : Rev. arb. 1993, p. 645, note C. Jarrosson ; RTD. com. 1993, p. 494, obs. E. Loquin – CA Paris, 30 sept. 1993 : Rev. arb. 1994, p. 359, note D. Bureau ; RTD. com. 1994, p. 703, obs. E. Loquin – CA Paris, 20 sept. 1995 : Rev. arb. 1996, p. 82, note D. Cohen – CA Paris, 10 sept. 1997 : Rev. arb. 1999, p. 121, obs. D. Bureau et A. Hory – CA Paris, 1^{er} mars 2001 : Rev. arb. 2001, p. 584, obs. J.-B. Racine.

12 –

R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon, 1939, nos 181 et s.

13 –

V. P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, th. Dijon, 1978.

14 –

B. Oppetit, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et de droits voisins. Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 121 ; M. Josselin-Galle, « Arbitrage et propriétés intellectuelles » : *Dr. et patr.* juin 2002, n° 105, p. 70 – en sens contraire cependant, *CA Paris*, 26 mai 1993 : *RIDA* 1994, n° 1, p. 292, note A. Kéréver ; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, *bibl. dr. privé*, t. 309, 1999, n° 98, p. 55.

15 –

J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 44, n° 72.

16 –

V. sur l'ensemble de cette question, même si l'auteur utilise un vocabulaire différent, J. Billemont, *L'arbitrage à l'épreuve de la liberté contractuelle*, LGDJ, 2013.

17 –

P. Hebraud, *obs. RTD civ.* 1955, p. 532 ; H. Motulsky, note sous *Cass.* 7 févr. 1958 : *JCP G* 1958, II-10777 ; H. Motulsky, *Écrits*, t. II, p. 181, spéc. p. 185 ; J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, LGDJ, *coll. Bibl. de dr. privé*, t. 63, Paris, 1965, n° 78, p. 60 ; P. Ancel, *op. cit.*, n° 22 ; P. Level, *op. cit.*, p. 225 et s. ; Bolard, *Intervention orale aux débats* : *Rev. arb.* 1992, p. 286.

18 –

CA Angers, 27 mars 1953 : *D.* 1954, p. 407, note R. Savatier ; J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 60, n° 78 ; J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 48, n° 79 ; P. Hebraud, *obs. RTD civ.* 1955, p. 532 ; H. Motulsky, note sous *Cass.* 7 févr. 1958 : *JCP G* 1958, II, 10777 ; *Écrits*, II, p. 181, spéc. p. 185 ; P. Ancel, *op. cit.*, n° 22 ; G. Bolard, « *Intervention orale aux débats* » : *Rev. arb.* 1992, p. 286 ; V. également en ce sens, R. Savatier, note sous *CA Angers*, 27 mars 1953 : *D.* 1954, p. 407 : « Les arbitres sont en marge de l'organisation judiciaire, les questions de compétence lui sont étrangères, puisque leur droit de juger est la conséquence d'une convention et non de l'organisation judiciaire. À la vérité, en effet, quand la loi détermine une compétence judiciaire, elle précise simplement la division du travail qu'elle établit entre les juges mandatés par elle. Elle n'envisage pas le cas où les plaideurs préfèrent se passer de ces juges ».

19 –

D. n° 58-1293, 22 déc. 1958, art. 1 : *JO* 23 déc. 1958, p. 11627.

20 –

Cass. soc., 7 févr. 1948 : *Bull. civ.* IV, n° 148.

21 –

C. Jarrosson, « *L'arbitrabilité : présentation méthodologique* » : *RJC.* 1996, I, p. 5, nos 20 et s.

22 –

V. égal. en ce sens, D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, Th. Aix-Marseille, 2008.

23 –

Cette situation correspond à l'hypothèse où deux demandes, distinctes quant au fond, mais portant sur la même affaire, sont portées devant deux juridictions différentes et où le lien entre elles est tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice qu'elles soient jugées ensemble. Dans ce cas, un des plaideurs peut former un déclinatoire de connexité. Bien que les deux derniers conduisent à ce qu'une juridiction se dessaisisse au profit d'une autre, il ne s'agit pas d'incompétence au sens strict du terme. Une exception d'incompétence suppose qu'une instance soit engagée et elle ne l'est qu'à partir du moment où la juridiction a été saisie par l'enrôlement de l'affaire. La saisine de la juridiction crée le lien d'instance conférant aux défendeurs la qualité de partie à l'instance et leur permettant de présenter valablement une défense, et en premier lieu de contester la compétence de la juridiction saisie.

24 –

Lorsqu'il existe une clause compromissoire, la Cour de cassation a nettement pris parti en faveur de la primauté de la compétence arbitrale sur la compétence étatique (sur l'ensemble de la question, V. J. Rubellin-Devichi, « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans la jurisprudence récente » : *Rev. arb.* 1981, p. 29 ; J. Willem, « L'arbitrage et l'indivisibilité processuelle » : *CAPJIA* 2002, p. 110).

25 –

P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal » : *Rev. arb.* 2001, p. 269.

26 –

J. Billemont, *op. cit.*

27 –

J. Billemont, *op. cit.*

28 –

J. Billemont, *op. cit.*