

Andrea PINNA
Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris
Darrois Villey Maillot Brochier

Le forçage est tellement aux antipodes de la conception communément admise de l'arbitrage, assis sur des bases conventionnelles, qu'il paraît impossible de parler d'arbitrage forcé. Toutes les définitions de l'arbitrage qui ont été formulées insistent sur ses deux éléments caractéristiques : sa fonction juridictionnelle et son origine conventionnelle (1). Pour ne retenir que celle du professeur Jarrosson, « l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui est confiée par celles-ci » (2). L'arbitrage serait donc par nature volontaire ou plus précisément consensuel, c'est-à-dire voulu par toutes les parties qui prennent part au litige.

C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que l'arbitrage forcé, très commun jusqu'à la moitié du 19^{ème} siècle, a pratiquement disparu. L'ancien droit et l'époque révolutionnaire ont été les périodes au cours desquelles l'arbitrage forcé était des plus fréquents (3). L'article 51 du Code de commerce de 1806 prévoyait, dans l'héritage de l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce, l'obligation pour des associés de recourir à l'arbitrage pour trancher leurs différends (4). Cette institution fut abandonnée un demi-siècle plus tard par une loi du 17 juillet 1856 qui mit ainsi fin à trois siècles d'arbitrage forcé.

L'arbitrage forcé peut ainsi être désigné comme la situation dans laquelle la loi impose aux plaideurs une juridiction d'exception et décide d'appliquer à celle-ci, au moins partiellement, le régime de l'arbitrage volontaire. En d'autres termes, soit l'une, soit les deux parties ne disposent pas du choix de recourir à l'arbitrage et ce qui compte pour qu'il y ait arbitrage forcé c'est la disparition de la liberté des plaideurs du choix du principe même de

l'arbitrage, peu importe qu'ils puissent retrouver une emprise sur la procédure, notamment par la nomination des arbitres. De cela il résulte, comme il a été démontré, que l'arbitrage forcé ne peut pas s'analyser comme un arbitrage au sens propre du terme, mais doit être qualifié de juridiction d'exception (5).

À partir du moment où le recours à des « arbitres » pour trancher un litige serait imposé aux parties, ou au moins à l'une d'entre elles, il serait impossible de parler d'arbitrage. Parler d'arbitrage forcé serait donc une hérésie puisque les parties à un litige né ou à naître devraient pouvoir être totalement libres de recourir à ce mode alternatif de règlement des litiges. Il en va tellement ainsi qu'aujourd'hui, lorsque l'on utilise l'expression « arbitrage forcé », c'est pour désigner quelque chose dont il faut absolument se méfier et s'éloigner : le spectre ou le risque de l'arbitrage forcé.

Il est toutefois étonnant de voir les spécialistes du droit de l'arbitrage souligner que l'arbitrage est, au moins dans certains domaines comme le commerce international, le mode de règlement des litiges de droit commun en raison de sa fréquence et de ses avantages indéniables par rapport à la justice étatique pour, en même temps, considérer qu'il ne faut pas en imposer l'usage.

Ne faudrait-il pas au contraire adhérer à une phrase célèbre d'une des grandes encyclopédies juridiques du 19^{ème} siècle qui affirmait sans rougir : « Les hommes agissent, ou sont tellement disposés à agir contre leurs propres intérêts et contre ceux de leurs semblables, qu'il faut quelquefois, lorsque leur bien particulier et celui de la société paraissent l'exiger, contrarier le droit commun et la liberté naturelle à leur égard. C'est d'après cela que les législateurs ont cru qu'il était des cas où il ne suffisait point d'exhorter, où il fallait contraindre les parties contendantes à soumettre leurs différends à la décision d'arbitres, lorsqu'elles n'avaient pas assez de sagesse pour prendre volontairement cette voie de paix et d'honnêteté » (6) ?

On pourrait ainsi considérer l'intérêt qu'il y aurait, au moins dans le commerce international, à ériger l'arbitrage comme principe et le recours à

(1) V. par ex. Glasson, Tissier, Morel, Traité de procédure civile, T. 5, Sirey 1936, n° 1801 : « l'arbitrage est le jugement d'une contestation par des simples particuliers que les parties prennent comme juges » ; Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, thèse Dalloz 1965, n° 11 ; J. Rubellin-Devichi, L'arbitrage, nature juridique, droit interne et droit international privé, thèse LGDJ 1965, n° 1 qui parle de « justice d'origine contractuelle ».

(2) Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, thèse LGDJ 1987, préf. B. Oppetit, n° 785.

(3) V. par ex. C. Jallamion, Arbitrage forcé et justice d'État pendant la révolution française d'après l'exemple de Montpellier, Annales historiques de la Révolution française, 2007, n° 4, p. 182 ; du même auteur, Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^e au XIX^e siècle, Rev. arb. 2005, 21. Pour une étude ancienne, Jur. gén. Dalloz, 1846, Vis Arbitrage, Arbitre, n° 62-78. V. aussi Loquin et Rubellin-Devichi, J.-Class. Procédure civile, fasc. 1010, n°s 11 et s. et n°s 17 et s.

(4) Article 51 du Code de commerce : « Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugé par des arbitres », les articles suivants déterminant la procédure propre à cet arbitrage forcé.

(5) V. Ch. Jarrosson, op. cit., n° 14-26 ; du même, Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001, 5. V. aussi, F. Rigaux, Souveraineté des États et arbitrage transnational, Mélanges B. Goldman, Litec, 1983, p. 262, spéc. n° 5. Déjà, G. Balladore Pallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, RCADI, vol. 51, 1935, n°s 287 et s., spéc. p. 312 et s.

(6) Le Nouveau Denisart, V° Arbitrage, n° 33.

la juridiction étatique comme exception (7). Après tout, s'il est vrai que l'arbitre est le juge naturel des litiges dans le commerce international (8), cela ne reviendrait qu'à mettre le droit en harmonie avec le plerumque fit.

Il faudrait pourtant pour cela que les parties puissent d'un commun accord décliner la compétence de l'arbitre pour faire trancher leur litige au juge étatique. Or, une telle possibilité s'accorde parfaitement avec la conception communément admise de l'arbitrage forcé. En témoigne l'arbitrage forcé le plus célèbre que la France ait connu : l'arbitrage entre associés d'une société commerciale qui résultait de l'ordonnance de 1673 et ensuite du Code de commerce. La jurisprudence avait admis sous l'empire de ces lois que les parties pouvaient d'un commun accord faire trancher leur litige par les juridictions civiles (9).

Pourtant, l'arbitrage forcé jouit d'une très mauvaise presse aujourd'hui et on chercherait en vain dans son régime les raisons de cette réaction. La critique de l'arbitrage forcé réside principalement dans le principe même du forçage : c'est la négation du consensualisme qui est contestée.

En revanche, ceux qui critiquaient l'arbitrage forcé au 19^{ème} siècle le faisaient principalement parce qu'il s'agissait d'un arbitrage, et non pas seulement parce qu'il était imposé aux parties. Ainsi Troplong, dans son traité du contrat de société (10), affirmait : « *l'arbitrage forcé est une ancienne erreur contre laquelle l'expérience nous a prémunis et qu'il faut détruire. En effet, l'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garanties, qu'on aurait dû laisser les parties maîtresses d'y recourir ou de le répudier, suivant les occasions. Quant à moi qui ai été arbitre quelquefois, je déclare, par expérience, que, dans un procès de quelque gravité, je ne conseillerais à personne de se faire juger par des arbitres ; un tribunal qui se croit le droit d'être plus équitable que les lois les plus équitables du*

(7) Comp., E. Loquin, JDI 2003, 139, spéc. p. 143, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, Société Levant Shipping c/ Tarom.

(8) Sur la critique du recours au lieu commun de l'arbitre juge naturel du commerce international, v. H. Gaudemet-Tallon, L'introuvable juge naturel, Mélanges J. Gaudemet, PUF, 1999, p. 591 et s.

(9) En ce qui concerne l'Ordonnance de 1673, v. Cass. civ., 14 juin 1815, Potin c/ Veuve Henri, cité dans J. gén. Dalloz, préc. n° 114, qui affirme que les dispositions de l'ordonnance : « ne disent pas que les contestations entre associés seront toujours et nécessairement portées devant les arbitres, mais seulement qu'un des associés pourra provoquer l'arbitrage et obliger son coassocié à s'y soumettre, qu'ainsi, aux termes de ces lois, les tribunaux de commerce ne sont dessaisis des contestations entre associés que lorsqu'il convient aux parties en cause, ou à l'une d'entre elles, de demander le renvoi devant les arbitres ». Sous l'empire du Code de commerce, il a été décidé que les associés, s'ils ne pouvaient pas soumettre leur litige aux tribunaux de commerce en raison de leur qualité de juridiction d'exception (Cass. civ., 7 janvier 1818, Meynadier c/ Bestiet et Gourgas, cité dans Jur. gén. Dalloz, préc. n° 117), pouvaient les soumettre aux tribunaux civils qui ont des attributions générales (Cass. civ., 9 avril 1827, Pannetrat c/ Merle et Foin, cité en Jur. gén. Dalloz, 1849, V^o Compétence civile, n° 220).

(10) Troplong, Commentaire du contrat de société civile et commerciale, 1843, T. 2, n° 520.

monde, me paraît ne pouvoir s'adapter qu'à un petit nombre de questions de fait et à des intérêts médiocres ».

À une époque où on loue les avantages de l'arbitrage par rapport à la justice étatique, on a du mal à comprendre pourquoi le caractère forcé de l'arbitrage gêne tellement. Il est douteux que le dogme et le culte de l'autonomie de la volonté soit à la base de son rejet, surtout en raison de son déclin aujourd'hui communément admis et accepté. Il en est de même en raison du développement qu'ont connu ces dernières années les juridictions ou pseudo-juridictions d'exception.

Avec la disparition de l'arbitrage forcé de litiges entre associés d'une société commerciale, il ne reste que très peu d'exemples d'arbitrage forcé en droit français et on cite traditionnellement l'arbitrage du Bâtonnier, au moins dans certains cas (11), et l'arbitrage de la commission d'arbitrage des journalistes (12). En revanche, à l'étranger, l'arbitrage forcé est parfois plus fréquent et concerne des secteurs du contentieux plus larges (13).

Dans le droit de relations internationales, l'arbitrage forcé semblait avoir disparu avec la disparition des cours d'arbitrage des chambres du commerce extérieur des pays communistes de l'Europe de l'Est (14), et la désuétude du tribunal des différends irano-américains. Toutefois l'arbitrage, pour régler les litiges relatifs aux investissements dans le commerce international s'est considérablement développé et celui-ci est dans certains cas imposé, à l'une des parties au moins (15).

À côté d'un arbitrage forcé traditionnel (celui imposé par le législateur ou les pouvoirs publics), une sorte originale d'arbitrage forcé s'est considérablement développée : l'arbitrage imposé par un tiers (qui n'est pas une autorité publique) ou par le cocontractant. Si bien que, parallèlement à la disparition progressive de l'arbitrage forcé traditionnel, on assiste aujourd'hui à la naissance d'un nouveau type d'arbitrage forcé. Cette catégorie est principalement représentée par l'arbitrage international en matière sportive où la clause compromissoire a été définie de nature institutionnelle (16),

(11) Sur cette sorte d'arbitrage, v. par exemple, G. Flécheux, L'arbitrage du Bâtonnier. Un exemple d'arbitrage forcé, Rev. arb. 1990, 101 ; B. Moreau, L'arbitrage du Bâtonnier, Rev. arb. 1993, 361.

(12) V. G. Flécheux, La Commission d'arbitrage des journalistes, Rev. arb. 1964, 34 ; R. Perrot, Fonctionnement de la Commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé, Gaz. Pal., Rec. 1996, 2, doct. p. 1382 ; J.-M. Olivier, Arbitrage et droit du travail, in Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Droit et Patrimoine, mai 2002, p. 52.

(13) V. par exemple en Suisse l'arbitrage obligatoire des litiges entre les médecins et les assureurs (article 89 LAMal).

(14) Sur ceux-ci, Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, thèse Dalloz 1965, n° 335 ; B. Goldman, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, RCADI, Vol. 109, 1963, 347 et s., spéc. p. 353-354.

(15) V. par ex. W. Ben Hamida, L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, thèse Paris II, 2003.

(16) M. Maisonneuve, L'arbitrage des litiges sportifs, thèse Paris I, 2007, n°s 503 et s.

parce qu'elle n'est pas librement acceptée par l'athlète ou l'organisation sportive, mais imposé par les fédérations, les comités olympiques ou les organisateurs des compétitions (17). S'il est vrai que parfois c'est un contrat qui confère compétence au Tribunal arbitral du sport, c'est bien là un contrat d'adhésion (18). Les fédérations sportives et les comités olympiques imposent l'arbitrage même pour les litiges auxquels ils ne seront pas parties.

La question change donc de nature, et il s'agit non pas tant de savoir pourquoi le législateur a souhaité soustraire la connaissance de certains contentieux aux juridictions étatiques, mais surtout de savoir pourquoi d'autres personnes privées, et notamment des parties à un litige potentiel, voudraient imposer l'arbitrage. Pourquoi veulent-elles échapper à la juridiction étatique ? En amont, il s'agit de savoir s'il leur est possible d'échapper à la juridiction étatique en imposant la justice arbitrale. En aval, il s'agit de déterminer les conséquences du recours à l'arbitrage forcé. Depuis toujours, le droit n'a pas été insensible aux spécificités de cette sorte d'arbitrage.

Pour essayer de répondre à ces questions, il paraît nécessaire d'identifier d'une part la nature spécifique de l'arbitrage forcé avant d'en déduire les conséquences.

I. LA SPÉCIFICITÉ DE NATURE DE L'ARBITRAGE FORCÉ

L'arbitrage forcé est le résultat de ce que la loi a accordé à un plaideur, ou plus fréquemment aux deux, un privilège de juridiction (A). Il n'en demeure pas moins que ces privilèges de juridiction peuvent présenter des caractéristiques différentes, ce qui requiert leur classement (B).

A – Un privilège de juridiction

Pour comprendre ce qu'est la spécificité de l'arbitrage forcé, il faut tout d'abord rejeter l'idée selon laquelle une telle appellation ne devrait s'appliquer qu'aux situations dans lesquelles les parties ne pourraient en aucun cas renoncer à l'arbitrage pour se tourner vers les juridictions étatiques. Il est vrai qu'il existe des hypothèses où la renonciation consensuelle à l'arbitrage est impossible ni avant, ni après la naissance du litige (19), mais une telle

(17) V. par exemple, A. Rigozzi, L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005, n^{os} 475 et s., n^{os} 810 et s. ; notre article, Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport, Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 20 mai 2004, p. 31, spéc. p. 38.

(18) Notamment lors de l'acceptation d'un sportif à participer à une compétition donnée ou dans un document liant celui-ci à la fédération sportive et couvrant toute compétition par elle organisée, v. par exemple l'affaire Cañas, qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 22 mars 2007, v. Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 17 juillet 2007, p. 35 et notre commentaire.

(19) En ce qui concerne la Commission arbitrale des journalistes, les parties au litige peuvent renoncer à sa compétence uniquement après la naissance du litige, parce qu'en matière de droit du travail la compétence est

situation exceptionnelle n'est pas le trait caractéristique de l'arbitrage forcé.

Il convient donc de distinguer deux catégories : d'une part, l'arbitrage forcé pur, auquel les plaideurs ne pourraient pas renoncer, lequel est extrêmement rare (20), et l'arbitrage forcé présumé, auquel le commun accord des parties permet de renoncer, et qui constitue la figure de loin la plus fréquente.

Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, l'arbitrage de litiges entre associés prévu au 19^{ème} siècle en France permettait aux parties de revenir d'un commun accord devant les juridictions étatiques. Il fallait, mais il suffisait aussi, un accord des deux parties pour éviter l'arbitrage, ce qui signifie que l'obligation d'arbitrage était une disposition supplétive de volonté et n'était pas d'ordre public. Une renonciation à l'arbitrage forcé pouvait intervenir soit avant la naissance du litige soit après. Lorsqu'une renonciation n'est possible qu'après la naissance du litige, l'arbitrage forcé est d'ordre public, la renonciation étant possible en vertu du principe selon lequel quiconque peut renoncer à un droit d'ordre public à partir du moment où il peut être exercé.

C'est ainsi qu'à notre sens il faudrait interpréter les décisions rendues par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation dans la fameuse affaire Tarom c/ The Levant Shipping (21) Dans cette affaire, la Cour de cassation a affirmé que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir les arbitres de son pouvoir juridictionnel » pour annuler la sentence partielle par laquelle les arbitres s'étaient retenus compétents en vertu d'une clause d'un traité international signé par les États dont les plaideurs étaient ressortissants, alors que le contrat que ceux-ci avaient stipulé contenait une clause compromissoire désignant un autre centre d'arbitrage. Il s'agissait en l'espèce davantage de savoir si les parties pouvaient renoncer d'un commun accord au privilège qu'accordait l'accord libano-roumain du 6 décembre 1980, qui prévoyait un arbitrage organisé par la CCI, que de savoir si les États avaient le droit d'imposer l'arbitrage aux parties (22). Or, il est com-

impérative. Il devrait en aller de même pour l'arbitrage du Bâtonnier au regard des litiges concernant un avocat salarié. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a décidé que l'arbitrage du Bâtonnier en matière d'honoraires prohibe toutes autres formes d'arbitrage, C. Paris, 20 novembre 2000, Bull. inf. C. cass., 15 avril 2001.

(20) Ceci est d'ailleurs confirmé par le fait que, même lorsqu'aucune juridiction étatique n'accepterait de se reconnaître compétente, les parties pourraient s'accorder en principe pour saisir un autre tribunal arbitral et pourraient même lui conférer les pouvoirs d'amiable compositeur.

(21) C. Paris, 1^{er} juin 1999, Rev. arb. 2000, 493 et l'article de B. Stern, Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, p. 402, RTD com. 1999, p. 659 obs. E. Loquin, JDI 2000, 370 note E. Loquin ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, JDI 2003, 139 note E. Loquin ; A. Mezghani, Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage, Gaz. Pal. n^o 177 (Cahiers de l'arbitrage) du 26 juin 2003, p. 15.

(22) La solution retenue par les juridictions françaises dans cette affaire n'est pas sans rappeler celle retenue par la Cour constitutionnelle italienne qui, le 14 juillet 1977, a déclaré inconstitutionnel l'arbitrage forcé : décision n^o 127, Gazz. Uff., 20 juillet 1977, Foro it., 1977, I, 1849 ; Giust.

munément admis que les parties peuvent renoncer à une prérogative que le droit leur accorde.

Considérer que les deux parties peuvent, d'un commun accord, renoncer à l'arbitrage signifie surtout qu'une partie seule – par son refus de renoncer – peut imposer l'arbitrage à l'autre. En d'autres termes, l'arbitrage forcé se réalise par l'introduction d'un privilège de juridiction (arbitrale) à l'un ou le plus souvent aux deux parties. Le privilège est en effet une prérogative qui est conférée à certains plaideurs et, comme Motulsky l'écrivait, les prérogatives sont des « règles de droit qui n'entrent en jeu que sur l'initiative du plaideur » (23). Il s'agit en effet des règles qui accordent des avantages à des plaideurs et qui leur réservent par voie de conséquence le monopole de l'exercice de certains droits (24). On devrait donc davantage parler de privilèges de juridiction arbitrale que d'arbitrage forcé, puisque cela permet de mettre en évidence le trait caractéristique de l'arbitrage forcé, qui est la possibilité d'y renoncer.

Dans le type classique d'arbitrage forcé, nous sommes en présence de deux privilèges de juridictions croisés : en effet chacun des plaideurs peut saisir l'arbitre et imposer par conséquence cette procédure à l'autre, si bien que pour éviter l'arbitrage il est nécessaire que les deux plaideurs renoncent à leur privilège de juridiction respectif. Il existe toutefois des cas, dans lesquels il n'est peut-être pas exagéré de parler d'arbitrage forcé, dans lesquels le privilège de juridiction est unilatéral et ne bénéficie qu'à l'un des plaideurs. Tel est notamment le cas de l'arbitrage en matière d'investissements. En effet, au moins lorsque deux États ont déjà donné leur acceptation à l'arbitrage, dans un traité international, les ressortissants d'un de ces États peuvent attirer à l'arbitrage l'autre État.

L'arbitrage n'est donc pas principalement forcé pour l'investisseur mais pour l'État qui y a consenti à l'avance pour un nombre indéterminé de situations. Les auteurs rechignent alors à parler d'arbitrage forcé (25), parce que l'État est à la fois l'auteur du « forçage » et celui qui le subit. En mettant de côté le fait que le consentement à l'arbitrage donné par l'État dans un traité de protection de l'investissement peut lier également des émanations de celui-ci dotées d'une personnalité morale distincte, il faut bien admettre que l'arbitrage devient *de facto* forcé pour l'investisseur en raison de l'immunité de

juridiction de l'État étranger. Celui-ci ne pouvant être assigné que devant ses propres juridictions, l'investisseur se trouve donc en présence d'un choix – entre l'arbitrage et les juridictions de l'État d'accueil de l'investissement – qui n'en est en réalité pas un (26). C'est donc sans excès que l'on peut inclure dans l'arbitrage forcé des privilèges de juridictions tels que ceux qui permettent à l'investisseur d'attirer à l'arbitrage l'État d'accueil de l'investissement.

Si l'arbitrage forcé s'analyse en principe en un privilège de juridiction, il faut en établir une typologie en raison du développement ces dernières années d'un forçage original, celui qui n'est pas dû à la volonté de l'État, mais à la volonté d'un tiers ou à celle seule de l'un des plaideurs putatifs.

B – Typologie de l'arbitrage forcé

On remarque déjà qu'il y a une différence selon que l'on impose l'arbitrage à une seule ou aux deux plaideurs. Le cas habituel est certes celui de l'arbitrage bilatéralement forcé, mais, l'hypothèse des arbitrages d'investissement nous montre que l'arbitrage peut être unilatéralement forcé (27). La conséquence est tangible parce que si dans le premier cas la renonciation des deux plaideurs suffit à déroger à la compétence arbitrale de principe, dans le second la volonté d'un seul – celui qui jouit de la prérogative légale – suffit.

Le privilège de juridiction arbitrale conféré à un plaideur est à la fois actif et passif, ce qui signifie que celui qui en bénéficie peut saisir la juridiction arbitrale en tant que demandeur, mais peut également forcer l'adversaire à l'assigner devant la juridiction arbitrale.

La différence principale qu'il est nécessaire de souligner est que si le privilège est traditionnellement accordé par le législateur, il est parfois auto-attribué par la personne qui en jouit ou imposé par le tiers intéressé par le litige. Si la première catégorie ne nécessite pas de commentaires particuliers, les deux autres méritent d'être approfondies.

En ce qui concerne, premièrement, l'arbitrage imposé aux plaideurs par un tiers qui n'est pas une autorité étatique, les exemples ne manquent pas. L'arbitrage en matière sportive est le terrain de prédilection de ce forçage. En effet, les statuts des associations sportives et des comités olympiques prévoient que tout litige entre des membres sera tranché en dernier ressort par voie d'arbitrage notam-

Civ, 1977, III, 297. Cette décision a été confirmée à plusieurs reprises depuis et a été appliqué même dans l'hypothèse où l'accord des deux parties permet de déroger à la compétence arbitrale, puisque même dans cette hypothèse une partie peut imposer l'arbitrage à l'autre (décision Cour constitutionnelle italienne n° 152 de 1996).

(23) H. Motulsky, *Écrits*, T. 1, Études et notes de procédure civile, préface de G. Cornu et J. Foyer, Dalloz 1973, p. 108.

(24) V. par ex. au sujet des articles 14 et 15 du Code civil français, tel qu'interprétés par la jurisprudence actuelle, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, T. 1, PUF 2007, n° 164.

(25) W. Ben Hamida, thèse préc., n° 36.

(26) Comp. Y. Derains, *L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage*, Gaz. Pal. n° 123 (Cahiers de l'arbitrage) du 3 mai 2001, p. 10, spéc. n° 13.

(27) Cela n'est pas sans rappeler les effets des « unilateral arbitration clauses » connues en Common Law à ceci près qu'elles sont volontaires, cf. A. Niddam, *Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration*, ADR Law. J. 1996, 147.

ment sous l'égide du Tribunal arbitral du sport ⁽²⁸⁾. La validité d'un tel forçage en matière sportive n'a jamais réellement été mise en cause, et semble acceptée par tous au moins en droit suisse.

Il faut toutefois remarquer qu'une décision récente de la Cour de cassation française, dans un domaine tout différent qui est celui de l'arbitrage du Bâtonnier, est de nature à semer le trouble. Dans deux arrêts du même jour, il a été décidé, d'une part, que « *hors les cas où la loi en dispose autrement, seule la volonté commune des parties peut investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* » et, d'autre part, que « *le règlement intérieur du barreau ne peut, sans méconnaître cette disposition législative [celle qui institue l'arbitrage forcé du Bâtonnier], étendre la compétence du Bâtonnier aux litiges nés à l'occasion de l'exercice de la profession d'avocat en groupement* » ⁽²⁹⁾. Cela pourrait signifier qu'un organisme ne peut pas imposer à ses membres l'arbitrage par voie de règlement interne. Certes, cela ne vaut probablement pas pour les cas où la clause compromissoire est stipulée dans les statuts d'une personne morale, en raison de l'analyse contractuelle généralement retenue ⁽³⁰⁾. Après tout, il est largement admis aujourd'hui qu'une société peut prévoir dans les statuts que les litiges entre les associés seront tranchés par voie d'arbitrage. Il semble toutefois découler des arrêts de 2005 que certains groupements ne peuvent imposer l'arbitrage à leurs membres par simple règlement intérieur ⁽³¹⁾. Il est à remarquer que les juridictions belges ont adopté une solution similaire toujours en matière d'arbitrage imposé par le règlement intérieur de l'ordre des avocats ⁽³²⁾.

La question qui se posera dès lors est celle de savoir si cette exigence française ou belge pourrait s'appliquer pour les arbitrages en matière sportive du moment où l'arbitrage est imposé par un tiers dans son règlement intérieur et non pas par l'État ⁽³³⁾. Cette question se pose dans deux cas :

(28) Les statuts imposant l'arbitrage à leurs membres et qui donnent lieu au contentieux le plus fréquent devant le Tribunal arbitral du sport sont ceux de la FIFA et du Comité international olympique.

(29) Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005 (deux arrêts), Petites Affiches du 5 juillet 2006, avis J. Sainte-Rose ; D. 2006, 2079, note E. Rosenfeld ; D. 2007, 28, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. du 9 février 2006, p. 17, note B. Vatiér ; v. aussi, S. Lazareff, L'arbitrage forcé, Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 15 décembre 2005.

(30) Sur cette qualification et son caractère quelque peu fictif, M. Maisonneuve, thèse préc., n^{os} 396 et s.

(31) Sauf à considérer que les arrêts du 22 novembre 2005 ne visent qu'à empêcher une modification de facto des exigences législatives, mais tel ne semble pas être le cas dès lors que la loi du 31 décembre 1971 n'a pas voulu empêcher l'arbitrage et s'est seulement limitée à le forcer dans certains domaines.

(32) C. Bruxelles, 4 octobre 1993, Journal des procès, 1993, 25, note L. Matray, RTDH 1994, 605, note L. Goffin.

(33) Pour son application, v. F. Fallon, L'arbitrage dans le sport en Belgique, Rev. jur. éco. sport (Esport), n^o 31, 1994, p. 115, spéc. p. 118, qui considère que « cette jurisprudence est d'application lorsque l'une des parties est obligée, en vertu d'un règlement, de se soumettre à un arbitrage et qu'elle ne dispose d'aucune possibilité de se soustraire à ce règlement parce qu'il n'existe pas d'opportunité d'exercer une profession en dehors du groupement qui impose le règlement ». Contra, M. Maisonneuve, thèse préc., n^{os} 787-788.

d'une part, lorsque l'on recherche la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence étrangère dans laquelle les arbitres ont fondé leur compétence sur les clauses des statuts d'une association sportive ⁽³⁴⁾ et, d'autre part, lorsque l'un des plaideurs saisit directement les juridictions françaises en soutenant que la « clause » compromissoire est manifestement nulle ou inapplicable ⁽³⁵⁾.

En ce qui concerne l'arbitrage imposé par un plaideur à l'autre, l'arbitrage en matière sportive devant le Tribunal arbitral du sport en constitue également l'exemple désormais classique. En effet, les instances du sport international ont l'habitude d'insérer dans leurs statuts des clauses par lesquelles elles imposent à leurs adhérents et aux sportifs de saisir un tribunal arbitral, à l'exclusion de toute juridiction étatique, pour contester leurs propres décisions. Le contentieux des sanctions de dopage en est l'exemple typique sur lequel la doctrine a beaucoup discuté, et une partie de celle-ci a douté de la validité d'un tel arbitrage forcé ⁽³⁶⁾.

La question ne s'est pas posée souvent en pratique, parce que c'est l'athlète qui sera le plus souvent le demandeur pour contester la validité d'une décision disciplinaire de la fédération sportive ⁽³⁷⁾. En saisissant les arbitres, l'athlète renonce le plus souvent à se prévaloir de l'invalidité de la disposition des statuts qui lui impose l'arbitrage. Plus généralement, le droit suisse de l'arbitrage international, qui est le plus souvent amené à connaître de cette question, refuse d'y voir une cause d'annulation ⁽³⁸⁾. Dès lors, la contestation directe par l'athlète de la décision disciplinaire d'une fédération sportive devant les tribunaux étatiques du siège de cette association sera le plus souvent rejetée pour motif d'incompétence.

La solution au problème dépend toutefois de la question de savoir si les tribunaux du pays du siège de la fédération reconnaîtraient la validité de l'arbitrage forcé par l'un des plaideurs sur l'autre. En définitive, tout est peut-être question de validité du consentement à l'arbitrage.

Des discussions similaires pourraient même se présenter pour d'autres hypothèses où la clause compromissoire est imposée par une partie à une autre en raison du déséquilibre des forces en présence ⁽³⁹⁾. Sauf dispositions particulières, comme en droit de la consommation, où ces clauses peuvent

(34) On pourrait considérer que l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou que la reconnaissance d'une sentence qualifiée comme telle à l'étranger, mais pas en France, serait contraire à l'ordre public international.

(35) Cf. article 1458 du CPC.

(36) V. notamment les références citées dans A. Rigozzi, op. cit., n^o 810.

(37) A. Rigozzi, op. cit., loc. cit.

(38) V. en ce sens, Trib. féd. suisse du 22 mars 2007 (Cañas), 4P. 172/2006, Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 17 juillet 2007, p. 35 et notre commentaire.

(39) Sur la protection de la partie faible dans l'arbitrage, v. notamment, K. Sachs, La protection de la partie faible en arbitrage, Gaz. Pal. (Cahiers

ou sont considérées comme abusives, et donc réputées non écrites, l'arbitrage semble pouvoir être forcé. Il faudra peut-être se poser la question de savoir dans quel but une partie impose à l'autre la soustraction du contentieux à son juge naturel : imposer des coûts prohibitifs ? Éloigner géographiquement le contentieux de la partie faible ou seulement concentrer celui-ci en un endroit pour des raisons de simplicité ?

Naturellement, cette spécificité de nature de l'arbitrage forcé s'accompagne d'une spécificité de régime.

II. SPÉCIFICITÉ DU RÉGIME DE L'ARBITRAGE FORCÉ

S'il est indéniable que l'arbitrage forcé est en principe soumis au régime de l'arbitrage parce que le législateur en a voulu ainsi ⁽⁴⁰⁾, celui-ci présente toutefois des spécificités par rapport au régime de l'arbitrage volontaire qu'il est nécessaire de souligner. Ces spécificités sont principalement dues au caractère non consensuel (au moins partiellement) de l'arbitrage. Alors que l'arbitrage forcé établi par la loi s'assimile assez facilement à la décision d'une juridiction étatique avec les conséquences qui en découlent (A), la question est plus complexe lorsque le forçage est d'origine privée (B).

A – Le régime de l'arbitrage forcé de source étatique

L'arbitre saisi en vertu d'un privilège de juridiction de source étatique est généralement assimilé à une juridiction étatique, à tel point que certains auteurs ont parlé de juridictions d'exception auxquelles le législateur a décidé d'appliquer au moins en partie le régime de l'arbitrage. Ainsi, Motulsky se posait déjà la question de savoir si « *l'effacement de l'élément conventionnel dans l'arbitrage forcé ne retire pas à l'institution son caractère d'arbitrage pour le faire entrer dans l'organisation judiciaire étatique* » ⁽⁴¹⁾.

Au 19^{ème} siècle, la jurisprudence avait déjà tranché la question en décidant que « *l'arbitrage forcé, dans les matières où la loi l'a établi, telles que les contestations qui naissent entre associés, au sujet des associations commerciales, constitue un véritable tribunal ; que les arbitres alors remplacent nécessairement le tribunal de commerce ; qu'ils sont assujettis aux mêmes obligations que des juges ; et que la loi qui a créé la mission qu'ils*

de l'arbitrage) du 17 juillet 2007, p. 22 ; Ch. Seraglini, Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre, Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 15 décembre 2007, p. 5.

(40) Il y a des exceptions, comme l'inapplicabilité de l'article 1456 du CPC concernant la durée de la mission des arbitres à l'arbitrage forcé de la Commission d'arbitrage des journalistes, Cass. soc., 11 janvier 2000, Bull. civ. V, n° 14, RTD com. 2000, 595 obs. E. Loquin.

(41) H. Motulsky, Écrits, T. 2, Études et notes sur l'arbitrage, préface de B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, p. 18-19.

remplissent, leur imprime le caractère public qui appartient à tous ses organes ; qu'il en est autrement des arbitres volontaires, en général, qui tiennent leur pouvoir et leur mandat de la délégation des parties [...] ; qu'alors les arbitres auxquels des particuliers ont confié, sans y être contraints, le soin de régler leurs intérêts, agissent dans un caractère privé » ⁽⁴²⁾. La Cour de cassation ne pouvait plus explicitement montrer la différence entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire. Alors que les arbitres volontaires tiennent leur pouvoirs de la volonté des parties et non de la puissance étatique ⁽⁴³⁾, les arbitres forcés, même s'ils sont désignés par les plaideurs, tiennent leur pouvoir de juger d'une délégation étatique.

Une telle analyse a été confirmée à plusieurs reprises depuis où l'arbitrage forcé s'est vu appliquer des dispositions propres aux juridictions étatiques qui ne trouvent généralement application en matière d'arbitrage volontaire.

L'exemple le plus clair est donné par l'application de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de droits de l'homme, qui est en principe considéré inapplicable à l'arbitrage volontaire ⁽⁴⁴⁾. La Commission a ainsi, depuis de nombreuses années, considéré que les exigences de ce texte s'imposent aux procédures d'arbitrage obligatoire parce que les arbitres désignés sont des « *tribunaux établis par la loi* » et parce que, lorsque le recours à l'arbitrage ne résulte par de la libre volonté des parties, celles-ci n'ont certainement pas volontairement renoncé aux garanties que leur confère la Convention ⁽⁴⁵⁾. Une solution similaire a été retenue par la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'elle a jugé qu'une procédure d'arbitrage forcé doit respecter les principes généraux du droit communautaire tels que la protection des droits de la défense et le principe de sécurité juridique ⁽⁴⁶⁾.

(42) Cass crim., 29 avril 1837, Parquin c/ O. Salmon, citée dans Jur. gén. Dalloz, 1846, Vis Arbitrage, Arbitre, § 106 ; non remis en cause sur ce point par Ch. réunies, 15 mai 1838, *ibid.* Ces arrêts ont été rendus dans le cadre d'une action en diffamation intentée par les arbitres contre l'un des plaideurs : du caractère public ou privé des fonctions remplies par les arbitres dépendait le régime de l'action.

(43) En ce sens explicitement, Cass. 1^{re} civ., 18 novembre 1986, Rev. arb. 1987, 149, note J.-L. Delvolvé ; JDI 1987, 120, note B. Oppetit ; Rev. crit. DIP 1987, 786, note P. Mayer.

(44) Sur la question en général, Ch. Jarrosson, L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. arb. 1989, 573 ; A. Mourre, Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme, Gaz. Pal. (Cahiers de l'arbitrage) du 1^{er} décembre 2000, p. 16. Plus récemment, v. l'article de S. Besson, Arbitration and Human Rights, Bull. ASA 2006, 395, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées.

(45) CEDH, 12 décembre 1983, Bramelid et Malmström c/ Suède, AFDI 1985, 427, note G. Cohen-Jonathan ; J.-P. Jacqué : « s'il s'agit d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision du comité d'arbitres ; celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l'article 6, § 1 » ; CEDH, 8 juillet 1986, Lithgow et autres c/ Royaume-Uni. Cf. J.-F. Flauss, L'application de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales, Gaz. Pal. du 3 juillet 1986.

(46) CJCE, 4 décembre 2003, Evans, aff. C-63/01, RTD civ. 2004, 340 obs. Ph. Théry ; C. Nourissat, L'arbitrage forcé au regard du droit communautaire, Rev. Procédures, février 2004, p. 3.

Il en est de même pour la possibilité pour l'arbitre de saisir la CJCE à titre préjudiciel. Si une telle possibilité est fermée pour l'arbitre volontaire ⁽⁴⁷⁾, elle est ouverte à l'arbitre forcé ⁽⁴⁸⁾. Une telle décision peut se justifier également d'un point de vue pratique, l'arbitrage ne pouvant probablement pas donner naissance à une jurisprudence comme c'est le cas pour les juges étatiques, il est utile qu'un tiers puisse intervenir pour fournir à l'arbitre une interprétation des règles de droit que celui-ci a le monopole d'appliquer en raison du forçage ⁽⁴⁹⁾.

Dans l'arbitrage international, le caractère forcé de celui-ci entraîne des conséquences importantes. La première et la plus évidente est l'inapplication de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à la plupart des arbitrages forcés. En effet, l'article 1^{er}, alinéa 2 stipule que l'on « entend par « sentence arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrages permanents auxquels les parties se sont soumises », ce qui exclut les arbitrages forcés.

Il ne faut pas nécessairement en conclure que les sentences arbitrales issues d'une procédure forcée soient dans une situation plus défavorable en ce qui concerne leur exécution et reconnaissance à l'étranger. En effet, les arbitrages forcés étant assimilés à des juridictions étatiques, leur « sentences » seront traitées au stade de l'exécution et de la reconnaissance à l'étranger au même titre que des jugements émanant de juridictions étatiques.

De même, dans l'espace juridique communautaire, le règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale pourrait trouver application, même s'il exclut l'arbitrage de son champ d'application ⁽⁵⁰⁾. Il revient certes à la CJCE de se prononcer pour donner une définition de l'arbitrage et donc de la portée de l'exclusion, mais il n'est pas hasardeux d'affirmer qu'elle considérerait sans doute que le caractère volontaire est consubstantiel à l'arbitrage, et que le règlement doit donc s'appliquer pour les questions de compétence, mais surtout pour les questions de reconnaissance, des sentences d'arbitrage forcé rendues dans un État membre. Il en résulterait une éviction importante du régime de l'arbitrage,

(47) CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, Rev. arb. 1982, 473 ; CJCE, 25 janvier 2005, Denuit, aff. C-125/04 ; JCP 2005, II, 10079, note G. Chabot ; Rev. Procédures, décembre 2005, comm. 279, obs. C. Nourissat.

(48) CJCE, 30 juin 1966, Vaassen, Rec. P. 378 : « le tribunal d'arbitrage des caisses des employés des mines [néerlandais] est une juridiction d'un État membre et, à ce titre, pouvait saisir la Cour sur le fondement de l'article 177 ».

(49) La question de la jurisprudence arbitrale a donné lieu à une grande production doctrinale, v. récemment, G. Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ?*, Arb. Int'l 2007, 357 et les références citées.

(50) Article 1(2)(d).

puisqu'une sentence étrangère rendue dans le cadre d'une procédure forcée ne pourrait pas faire l'objet d'un recours prévu par le Code de procédure civile, mais serait reconnue de plein droit ⁽⁵¹⁾.

En va-t-il de même lorsque le forçage a une source privée et non pas étatique ?

B – Le régime de l'arbitrage forcé de source privée

Un arbitrage forcé par une personne privée et pas par une autorité publique n'étant pas considéré comme une juridiction étatique, on en déduit que les conséquences qui ont été décrites dans les paragraphes précédents lui sont inapplicables. Du moment que la validité du forçage n'est pas remise en cause, le forçage privé à l'arbitrage donnerait naissance à une procédure identique en tous points à celle propre à l'arbitrage volontaire. Si bien que la question ne se poserait pas tant de lege lata, mais de lege ferenda, et le vrai problème serait celui de savoir si cette catégorie d'arbitrages doit relever davantage de l'arbitrage volontaire ou de l'arbitrage forcé.

C'est là une question très importante en raison du très fort développement de la pratique de l'arbitrage d'adhésion. Il existe véritablement une différence juridique majeure selon que le forçage est le fait de la loi ou de l'initiative privée. Toutefois, il serait probablement exagéré d'en déduire des conséquences aussi importantes, puisque dans les faits, la différence est faible sinon inexistante. Pour la partie qui se voit contrainte de s'engager dans un arbitrage, avec les avantages, mais aussi les contraintes que cela comporte (coûts, limitation des voies de recours, suppression de certaines contraintes étatiques), il ne fait pas de différence selon que c'est le législateur ou une personne privée (son cocontractant ou un tiers) qui lui impose cette procédure.

D'ailleurs, le rapprochement est encore plus évident si l'on considère, comme on a tendance à le faire aujourd'hui, que l'arbitrage est forcé même lorsque la loi qui le prévoit permet aux parties de déroger d'un commun accord à la compétence arbitrale ⁽⁵²⁾. L'essence de l'arbitrage forcé est donc le fait qu'une partie se trouve en mesure d'imposer l'arbitrage à l'autre et que cette possibilité découle de la loi ou du pouvoir de domination purement privé d'une partie sur l'autre ne présente aucune spécificité pratique.

Au stade des conséquences, la question revient donc à déterminer si l'on doit persister à faire pré-

(51) En revanche, dans l'arbitrage forcé interne, une sentence, même rendue dans le cadre d'un arbitrage forcé, peut faire l'objet d'un recours en annulation de l'article 1484 du CPC, v. par ex. C. Paris, 21 mars 1991, Rev. arb. 1993, 94, note Vergne.

(52) V. plus haut et explicitement la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 152 de 1996.

valoir le droit sur le fait. Il est d'autant plus tentant de considérer que nous sommes en présence de véritables arbitrages forcés que les tiers qui imposent la procédure arbitrale sont parfois des organismes qui se trouvent dans une situation de monopole qui aurait pu être celle d'un État. Ainsi, les fédérations internationales et les comités olympiques, qui ont un monopole de l'organisation de certaines compétitions sportives, jouent dans l'ordre juridique sportif un rôle équivalent à celui de l'État ⁽⁵³⁾. Il est à tel point tenant de les assimiler à des autorités publiques que, dans certains pays comme la France, les fédérations sportives « offi-

(53) A. Rigozzi, *op. cit.*, n° 331 : « Si l'on se place du point de vue de l'ordre juridique sportif, l'arbitrage en matière sportive s'apparente également à l'arbitrage obligatoire. En effet, l'arbitrage y est impérativement

cielles » sont délégataires de missions de service public administratif, si bien que le pas pourrait être facilement franchi.

Le développement du forçage de l'arbitrage d'origine privée, qui donne lieu à une captation souvent monopolistique du contentieux, requerra donc que l'on médite à nouveau sur la question de savoir si les procédures auxquelles ils donnent lieu doivent être traitées comme des arbitrages volontaires ou s'il n'est pas nécessaire de prévoir à leur égard un encadrement particulier.

prévu par la réglementation des organisations sportives qui, dans l'ordre juridique sportif, représentent l'équivalent fonctionnel de la loi dans l'ordre juridique étatique ».