

L'APPARITION DE L'ARBITRAGE COMME MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Par André CABANIS et Olivier Devaux,
Professeurs à l'Université Toulouse 1 Capitole

La tendance actuelle est au *Law Shopping*. Comme pour n'importe quel produit, l'on fait ses courses dans ces magasins du droit que constituent les cabinets de consultants. Voici longtemps que l'internationalisation des rapports commerciaux permet de choisir, entre plusieurs systèmes juridiques correspondant aux nationalités des contractants, celui que l'on entend privilégier. Par la suite, l'on en vient à se convaincre qu'il appartient aux parties, du moins lorsqu'il s'agit d'opérations importantes, de choisir le lieu juridique d'implantation des structures chargées de l'exécution des transactions, le droit qui sera applicable, notamment fiscal et social, le cas échéant les instances qui jugeront les éventuels litiges¹. C'est ici que l'arbitrage triomphe car, à choisir son tribunal, autant choisir les juges eux-mêmes, la procédure, les normes applicables...

Par rapport aux valeurs traditionnellement enseignées dans les Facultés de droit françaises, c'est une sorte de révolution. Même si, en matière de contrat de droit privé, le principe de la liberté des parties est ancien, même si notre code civil proclamait déjà que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134), l'idée

¹ On connaît en effet depuis longtemps ces clauses dans les contrats commerciaux avec, notamment, élection du tribunal compétent en cas de litiges. Le phénomène affecte désormais de façon systématique les moyens de transport au service du commerce avec des nationalités différentes pour le navire, la compagnie maritime, les marchandises, le capitaine, l'équipage... Le phénomène atteint les entreprises de production, ainsi de Fiat Chrysler Automobiles qui début 2014, réorganise le vieux groupe de Turin avec un siège fiscal à Londres, un siège légal aux Pays-Bas et des titres cotés à New York et Milan.

d'une autorité publique tutélaire dominait l'ensemble du dispositif. Le vieux cours d'histoire du droit en première année de licence présentait la montée en puissance de l'Etat monarchique, donc de la justice du roi, comme une forme de marche triomphale et providentielle, au service de la raison et de la défense de l'intérêt général. A partir du XIX^e siècle, les enseignements de droit public exaltent la puissance publique présentée comme la garantie du bon fonctionnement du service public. Chacun demeure soumis à son droit national et la délocalisation juridique revêt un caractère improbable. Les choses ont bien changé et l'on en arrive même à une sorte de droit *off shore*, purement conventionnel, libéré de toute attache territoriale, imposé notamment dans le cadre des procédures d'arbitrage. Si l'étude de l'histoire des modes de règlement des différends montre que l'appel à l'arbitrage remonte très loin dans le passé et revêt un caractère général (I), il est apparu assez tôt qu'il est des branches du droit où cette procédure connaît un développement plus rapide (II).

I - L'histoire des modes de règlement des différends et l'appel à l'arbitrage

Partout, à toutes les époques, l'appel à l'arbitrage s'appuie sur la tendance assez naturelle à vouloir se choisir ses juges. Il est par ailleurs des motivations spécifiques à certaines périodes : sous l'Antiquité, spécialement en droit romain, les étrangers, les pérégrins qui ne bénéficient pas du *jus civile* trouvent dans l'arbitrage une solution adaptée au règlement de leurs différends avec les citoyens romains (A) ; au Moyen Age, c'est l'éclipse de l'Etat et de ses tribunaux qui conduit souvent à privilégier l'arbitrage (B).

A – L'arbitrage sous l'Antiquité

Dans les sociétés pré-étatiques, on a parfois de la difficulté à distinguer le juge de l'arbitre. Ainsi, dans le très ancien droit romain et comme l'indique la loi des XII Tables, le terme *arbiter* a le sens de « juge privé ». Etymologiquement, le terme latin *arbiter* est né de l'association de *ad* et *baetere*, qui signifie « se rendre sur place » (pour examiner, expertiser, entendre les parties). Le mot latin vient lui-même de l'ombrien *arputrati* qui signifie « juge »². Les deux mots étaient donc rapprochés, ce que l'on retrouve d'ailleurs en droit musulman : l'arbitrage est le *hakam*, terme pas très éloigné de *hakem*, qui signifie juge³. Il en reste, de nos jours que l'arbitre est distinct des conciliateurs, des médiateurs, des experts, qui ne disposent d'aucun pouvoir juridictionnel. Pour autant le Code civil continue, au début du XIX^e siècle, de commettre quelque confusion, comme dans le cadre de l'article 1592 du Code civil à propos de la fixation du prix de vente par un tiers⁴. Pourtant, en principe, avec l'apparition de la notion de souveraineté de l'Etat, la distinction semble simple : le juge bénéficie de l'autorité étatique et du monopole de la violence légitime pour reprendre les définitions classiques. L'arbitre n'en bénéficie pas.

Auparavant, la distinction est d'autant moins claire que, souvent, ce sont les deux parties qui viennent, d'un commun accord, demander au roi, au prince, au pontife de trancher leur conflit. On a l'impression d'être dans une forme d'arbitrage

² Article « Arbitre » par Thomas Clay, dans *Dictionnaire de la justice* (dir. Loïc Cadiet), PUF, 2004, p. 59. Il trouve déjà des traces de l'arbitrage chez les Assyriens de la fin du III^e millénaire AC. Moins précoces, Dominique Bureau et Charles Jarrosson (article « Arbitrage » dans *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. Denis Alland et Stéphane Rials), Paris 2003, remontent aux poèmes homériques du VIII^e siècle AC (p. 16).

³ « Les problèmes propres à l'arbitrage euro-arabe proviennent tant de l'ignorance mutuelle du régime économique, social et juridique des deux parties [que] de l'opposition de leurs intérêts fondamentaux et, dans le cas d'une entité de secteur public, du poids inévitable de la souveraineté étatique » (Jacques El-Hakim, *Perception européenne de l'arbitrage dans les pays arabes*, Damas 2011, p. 3).

⁴ Art. 1591 : « Le prix de la vente est déterminée et désignée par les parties » ; art. 1592 : « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers [...] ».

surtout lorsque la personnalité ainsi sollicitée cherche une solution en équité, apte à satisfaire les deux parties. Il est vrai que l'on a également tendance à confondre arbitrage et solution de compromis, ce qui n'est pas forcément le cas, au moins explicitement. Ainsi, la décision de Salomon à l'égard des deux femmes qui se disputent un enfant vivant et un enfant mort et qui propose de tuer le survivant pour mettre tout le monde d'accord, paraît être une forme d'arbitrage. On peut en douter et pas seulement parce qu'il affecte finalement l'enfant à celle qui a plaidé pour sa survie mais surtout parce qu'il avait donné l'ordre à un soldat de couper l'enfant en deux : Salomon bénéficie donc de la force exécutoire ce qui est justement ce qui manque à l'arbitrage.

Pour autant l'arbitrage n'est pas entièrement désarmé. Il bénéficie de son prestige spécifique. A l'époque, les institutions qui annoncent notre justice moderne se veulent souvent fondées sur des valeurs religieuses, mystérieuses et qui s'imposent d'autant mieux que leur origine est plus ou moins magique. Aux temps les plus archaïques, le juge officiel est souvent assimilé à un grand prêtre, ou, de façon moins valorisante, à un sorcier. D'ailleurs, le pouvoir politique lui-même a souvent une valeur religieuse qui en fonde la légitimité lorsque l'argument de force ne suffit plus ou lorsqu'il s'appuie sur un environnement militaire et policier limité. Le droit est également présenté comme fondé sur des valeurs religieuses, résultat d'une révélation divine transmise par un prophète récitant ce que lui dicte la divinité.

L'autorité des magistrats s'appuie également sur le secret. Dans nombre de cultures primitives, l'on ne procède que tardivement à la rédaction des lois applicables : les prêtres-juges tranchent les litiges en fonction de normes qu'ils sont les seuls à

connaître ce qui augmente naturellement leur marge de manœuvre mais qui prive les justiciables de toute sécurité juridique puisqu'ils ne savent pas à l'avance les règles qui leur sont applicables. Ce sera donc une conquête importante, parfois précédée de violents mouvements revendicatifs, que d'obtenir la rédaction et la publication du droit. L'exemple le plus utopique est fourni par Rome, lorsque la plèbe se révolte notamment pour obtenir que la loi soit connue de tous, ce qui lui permet d'obtenir la mise en place d'une commission qui promulgue la loi des XII Tables en 450 AC, base du droit romain. La nécessité d'une commission prouve au passage que les prêtres jugeaient sans textes précis déjà mis en forme puisqu'il fallut procéder à ce travail de rédaction.

On pourrait penser que, de nos jours, ces origines magiques ont complètement disparu. En fait notre droit demeure marqué par ses origines religieuses. En principe, dans nos systèmes démocratiques, la loi puise sa légitimité sur son mode d'élaboration, confiée aux élus du peuple. On sait l'importance de la législation dans les systèmes juridiques de type romano-germanique, les magistrats nommés par l'exécutif devant théoriquement se borner à appliquer les textes promulgués. L'on songe à la formule de Montesquieu sur le juge « bouche de la loi », ce qui tend à le réduire à une fonction purement mécanique, effectuée par un « être inanimé »⁵. En revanche, dans les pays de tradition anglo-saxonne, c'est la jurisprudence plus que les prescriptions votées par les assemblées qui régissent les rapports sociaux. Du moins peut-on argumenter qu'au moins aux Etats-Unis, les juges sont souvent élus, ce qui d'un certain point de vue réintroduit le peuple dans les procédures

⁵ *L'Esprit des lois*, livre 11, chap. 6 : « les juges de la nation ne sont, comme nous l'avions dit, que la bouche qui prononce la parole de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur ».

d'élaboration du droit. En tout cas, dans cette tradition, la loi – c'est-à-dire le droit- s'impose de façon absolue. Le fait qu'elle paraisse injuste, y compris à une forte proportion de la population, ne dispense pas de l'appliquer. La contester, c'est remettre en cause les fondements de la société. L'aspect religieux, voire magique, n'est donc pas loin et se mêle à la volonté de rationalisation.

Cette dimension est, d'un certain point de vue, également évoquée par l'apparat qui entoure la justice, évoquant cette origine religieuse. On a volontiers et de façon un peu prosaïque, tendance à attribuer à cet apparat une fonction d'intimidation : par des palais monumentaux, par des salles d'audience spectaculaires, par des systèmes d'estrades et de toges, par une procédure largement incompréhensible, il s'agirait d'impressionner les parties et le public et d'entourer les décisions de justice d'un mystère qui rend plus difficile sa contestation. Le justiciable se trouve contraint de s'appuyer sur un avocat -autre initié- qui n'est pas seulement là pour prendre en main les intérêts de son client mais qui sert aussi à décrypter les règles applicables dans un système qui paraît complètement opaque à ceux qui n'ont pas bénéficié de cette initiation. Il se trouve même des auteurs cyniques pour soutenir que ce caractère incompréhensible, ces termes techniques ou archaïques sont soigneusement maintenus pour conserver aux auxiliaires de justice leur caractère indispensable, donc leur clientèle.

Par opposition à un droit d'origine religieuse, mystérieux, élaboré souvent hors de tout argument de raison, l'arbitrage prétend au contraire se caractériser par son caractère rationnel et raisonnable. On choisit l'arbitre non pour son autorité puisée dans des forces extraterrestres mais pour sa sagesse, pour sa modération, pour sa capacité à écouter et à comprendre, pour la

confiance que l'on met dans son sens de l'équité, en principe hors de tout rapport de forces, hors de tout intérêt personnel, hors de toute considération idéologique ou d'autorité⁶. D'ailleurs dans ces périodes lointaines, tous les ouvrages à destination des juges, sans remettre en cause l'origine religieuse de leur pouvoir, les incitent à ne pas se prononcer de façon hâtive ou capricieuse, à partir d'une première impression, mais de manifester les qualités de modération, d'écoute, de sagesse que l'on prête spontanément à l'arbitre⁷.

Sous l'Antiquité, c'est avec les systèmes juridiques grecs et romains que l'arbitrage prend sa forme organisée et reconnue par le droit positif. Au VI^e siècle avant Jésus Christ, le législateur athénien Solon reconnaît à l'arbitrage une valeur quasi officielle : « Si les citoyens veulent choisir un arbitre pour résoudre les différends qui se seront élevés entre eux à propos de leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable »⁸. Les légistes romains pour leur part, insistent sur les qualités que l'on doit attendre de l'arbitre et les rassemblent sous un adjectif unique,

⁶ Est révélatrice des motivations de ceux qui font appel à l'arbitrage la formule figurant dans un traité du droit post-bizantin du XVII^e siècle (*le Bactéria Archiéréon* ou *Bâton des Prélats*). Dans le chapitre 21 intitulé « À propos des arbitres désignés par deux contestants pour qu'ils les jugent », figure le développement suivant : « L'arbitre est choisi comme suit : moi et toi, nous avons besoin d'un jugement et nous n'aimons ni le jugement du métropolitain (archevêque), ni celui du juge civil (magistrat), ni celui du roi, ou celui du patriarche, nous décidons alors qu'un de nos pairs nous juge. Et nous en chargeons un homme, nous lui disons « nous avons cette affaire, et nous ferons ce que tu nous diras de faire ». Il est arbitre et suivant le canon 91 du Synode de Carthagène, toute décision prise par l'arbitre, qu'elle soit juste ou non, ne peut être changée par personne, pas même par le patriarche ou le roi » (Efi Basdra, « L'institution de l'arbitrage dans le droit de l'ère post-bizantine. Le cas de l'île de Paxi », dans *Etudes balkaniques*, 2003, 10).

⁷ Pour élargir notre propos à d'autres cultures qu'occidentales et à d'autres religions que celles du livre, nous pouvons évoquer le *Dharmasatra*, texte introductif aux anciennes lois du Siam révisées en 1805 par le roi Rama 1^{er} et imposant au juge royal douze règles réparties par groupe de trois : la triple attitude attentive, le triple attitude imposante, la triple interrogation légitime et la triple approche du litige (Thapanan NIPITHAKUL, *Les sources du droit et du pouvoir politique au travers des anciens textes thaïlandais*, Toulouse, 2007, p. 153).

⁸ Article « arbitre » dans *Dictionnaire de la justice*, ouvr. cité, p. 58.

donc difficile à traduire. C'est ainsi qu'au second siècle avant J.C., Caton l'ancien, dans son traité *Sur l'agriculture* renvoie, pour plusieurs sortes de litiges⁹ à *l'arbitratus boni viri*. Il s'agit, en cas de contrats passés sans respecter les formalités compliquées prévues par le droit traditionnel, donc en cas de contrats non sanctionnés par la justice publique, de prévoir une solution par un accord intervenant entre des parties de bonne foi, en remettant la solution d'un problème éventuel à l'arbitrage d'un *bonus vir*, que les traducteurs qualifieront d'honnête homme ou d'homme de bien¹⁰.

Un juriste éminent comme Cicéron déploie, pour définir les vertus à attendre d'un *bonus vir*, des efforts d'autant plus grands qu'il les considère inséparables des qualités du bon orateur¹¹. C'est apparemment dans ces conditions que naîtra l'action civile de bonne foi qui permet de faire exécuter par la justice les contrats conclus hors des formalités traditionnelles. La formule se retrouve dans le *Digeste* qui prévoit, à propos d'une terre qui doit être rapportée à une succession, que le prix en sera fixé par un arbitre présenté comme un *bonus vir*¹². C'est d'ailleurs tout un livre du *Digeste* qui est intitulé « De receptis qui arbitrium receperunt »¹³. Les hésitations de la terminologie française pour traduire tout ce qu'exprime cette expression de *bonus vir* montrent les obstacles rencontrés lorsqu'il s'agit d'énumérer les qualités de l'arbitre. Du moins les exemples donnés par le *Digeste* permettent-ils de comprendre le fonctionnement de

⁹ Ces litiges justiciables de l'appel à un arbitre sont évoqués dans les chapitres 144 (récolte d'olives), 145 (fabrication de l'huile) et 149 (location d'un pâturage).

¹⁰ Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, Paris 1940, p. 172.

¹¹ C'est la formule célèbre que Cicéron prête à Caton : « vir bonus dicendi peritus » (*Institutio Oratoria*, livre 12).

¹² « Pretio facto viri boni arbitrato ».

¹³ *Digeste*, livre 4, titre 8 : « De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant » (« Que ceux qui ont accepté le compromis qui les nomment arbitres soient forcés de prononcer leur sentence ». Première disposition : « Le compromis par lequel les parties se nomment un juge a beaucoup de ressemblance avec les jugements [...] »).

l'institution. En principe, en cas de vente d'un esclave, il ne doit pas y avoir de problème : la somme est immédiatement versée et l'esclave livré. Si, pour une raison ou une autre, un délai non prévu intervient et que l'esclave ne peut être remis tout de suite, le vendeur doit continuer à l'entretenir pendant un certain temps. C'est alors que les parties de bonne foi sont invitées à désigner un arbitre pour fixer l'indemnité due au vendeur pour les frais engagés¹⁴.

A Rome, malgré les qualités que la doctrine reconnaît à l'arbitre, il n'en reste pas moins que l'exécution de la sentence arbitrale pose des problèmes spécifiques. Une vision classique conduit à expliquer que l'appel à un arbitre par des contractants de bonne foi mais confrontés à un problème et désireux d'en sortir, ne peut fonctionner efficacement que dans une société solidaire où chacun accepte d'exécuter ses obligations en toute honnêteté. A défaut, il faut prévoir les mécanismes juridiques garantissant le respect de la décision de l'arbitre. A l'époque du droit classique, un des moyens utilement mis en œuvre consiste à remettre à l'arbitre un objet de valeur ou une somme d'argent qu'il ne restituera que si sa sentence est appliquée. Symétriquement, s'il apparaît que l'arbitre a tranché de façon manifestement inéquitable au détriment de l'une des parties, cette dernière pourra utiliser la procédure applicable en cas de lésion¹⁵. Au Bas Empire, la législation impériale décide d'abord que la décision arbitrale s'impose lorsqu'il a eu serment de la part des parties¹⁶, puis lorsque ces derniers ont donné leur accord écrit ou, du moins, n'ont pas déposé un recours dans un délai de dix jours¹⁷.

¹⁴ *Digeste*, livre 19, titre 1, fr. 38-1.

¹⁵ *Digeste*, livre 17, titre 2, fr. 78 à 80, se référant à Proculus et à Paul : « In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse ».

¹⁶ *Codex*, livre 2, titre 54-1.

¹⁷ *Codex*, livre 2, titre 56 « De Receptis Arbitris ».

B – L'arbitrage au Moyen Age

Avec la chute de l'Empire romain, l'arbitrage ne perd rien de son importance. Au contraire. L'éclipse de l'Etat et donc de ses juges, l'affirmation d'une autorité seigneuriale dont on n'est pas assuré de la parfaite objectivité conduisent les parties à rechercher plus que jamais des formes alternatives de règlement des différends. Au surplus, dans de nombreux cas, les tribunaux permanents sont caractérisés par des rivalités qui rendent très compliqué de savoir lequel est compétent, ce qui fragilise l'autorité de leurs décisions. Pour s'en tenir à un exemple qui reflète une situation assez générale : dans la ville de Troyes, aux XII^e et XIII^e siècles, ce ne sont pas moins de dix justices seigneuriales qui concurrencent la justice comtale. S'y ajoutent, à peu près partout, les prétentions concurrentes des justices municipales et ecclésiastiques. On comprend alors la propension, dans cette ville notamment, à faire appel à l'arbitrage, plus rapide et moins coûteux¹⁸. Le compromis signé par les parties, précisant les noms des arbitres, les contraintes que chacun s'impose et les garanties d'exécution de la sentence, concernent aussi bien des questions de droit civil et criminel que féodal et ecclésiastique¹⁹. Les légistes s'efforcent d'organiser ce mode de règlement des différends. Ainsi, à la fin du XIII^e siècle, Philippe de Beaumanoir, auteur des *Coutumes de Beauvaisis*, consacre-t-il tout un chapitre de son traité aux arbitres et à l'arbitrage²⁰.

Avec l'apparition des Etats-nations, à partir du XVI^e siècle, l'autorité publique se fait plus sourcilleuse sur son droit à prétendre à une forme de monopole de la justice. L'affirmation

¹⁸ Yves Jeanclos, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e au XV^e siècle*, Dijon 1977, p. 13-15.

¹⁹ *Id.*, p. 25-56-69 et 172.

²⁰ Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, t. 2, Paris 1900, p. 154 à 170. Il s'agit du chapitre 41 : « Des arbitres et du pouvoir qu'ils ont, et lesquels arbitres valent et lesquels non et comment arbitrage faut et dans quel cas on peut se mettre en arbitrage ».

de la justice royale constitue l'un des domaines privilégiés où s'exerce la volonté d'affirmer l'autorité du monarque et, bientôt, l'unité nationale. La détermination des agents royaux à s'opposer aux prétentions des villes, des corporations, des seigneurs et de l'Église, et de s'approprier cette compétence exclusive de juger est d'autant plus forte et les encouragements de l'autorité centrale pour qu'ils s'y consacrent, sont d'autant plus pressants, qu'il s'y attache des enjeux financiers avec la perception des droits de justice. Par la suite, et sous l'influence du siècle des Lumières, l'on assiste à une exaltation de la loi présentée comme bénéficiant d'une double légitimité, celle que donne sa soi-disant conformité aux prescriptions de la nature et celle qui découle de son origine en principe populaire, expression de la volonté générale²¹. Dans les nouveaux Etats-nations, attachés à leur unité et à la compétence exclusive du juge public, légitimés par l'installation progressive des valeurs démocratiques, l'arbitrage perd une partie de sa place dans le débat juridique. Simultanément, la suspicion à l'égard de la justice officielle s'est estompée dans nos sociétés modernes et l'on éprouve moins le désir de choisir ses juges.

La méfiance ne disparaît jamais tout à fait. Le vieux proverbe, tiré de la sagesse des nations, selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, garde en tout temps toute sa force de conviction. La médiation et la conciliation suffisent le plus souvent pour éviter d'avoir recours aux tribunaux. L'arbitrage conserve sa place spontanée, notamment dans les pays en développement. Dans ces espaces, des populations imprégnées de valeurs traditionnelles continuent de se méfier des magistrats publics. Il existe donc des arbitres

²¹ A noter que Rousseau veut le moins de lois possibles et les plus conformes aux mœurs : « Ce qui rend la Constitution d'un Etat véritablement solide et durable, c'est quand les convenances sont tellement observées que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les mêmes points » (*Le Contrat social*, chap. 2-11).

implicites mais reconnus par la majorité de la population et qui fondent leur autorité sur la sagesse de leurs décisions. Ils y sont d'autant plus attentifs que leur légitimité en dépend. Une décision ressentie comme trop évidemment inéquitable, *a fortiori* motivée par la corruption ou la crainte, risquerait de leur valoir de perdre leur prestige.

Ces arbitres fonctionnent en réseau, au niveau de la famille, du quartier, du village, de la profession, parfois de l'ethnie, de la caste ou de la tribu. Ils s'appuient sur un ensemble d'auxiliaires, d'hommes de confiance, de rabatteurs qui orientent vers eux tous ceux qui, par leurs différends, pourraient perturber la communauté et qui appuient la bonne exécution de leurs décisions par un système de persuasion, de pression, parfois de menace d'ostracisme à l'encontre de celui qui, ayant sollicité un arbitrage, ne s'y soumettrait pas. Leur intervention est plus ou moins gratuite même si leur position leur vaut un certain nombre d'avantages et de cadeaux mais en principe hors de toute instance précise. On cherche simplement à s'attirer leurs bonnes grâces pour le cas où l'on aurait affaire à eux.

A l'inverse, on évite de s'adresser au juge officiel. On ne lui fait pas confiance. On le soupçonne de ne pas comprendre la situation des justiciables et d'être vulnérable aux pressions venant des autorités publiques et des nouvelles classes dirigeantes. Il applique une législation soi-disant moderne, souvent calquée sur des modèles occidentaux et dans laquelle les populations ne se reconnaissent pas. Qu'il s'agisse de mariage, d'héritage, de propriété foncière, de baux ruraux... l'on se méfie de ces magistrats que l'on pressent d'autant loin des problèmes quotidiens de la population qu'ils ont été formés dans des Facultés de droit accusées de véhiculer des normes cosmopolites. Dans ces sociétés traditionnelles, pour un particulier, porter une affaire devant un tribunal d'Etat, c'est

presque une insulte à l'encontre de celui avec lequel l'on n'est pas d'accord. C'est exclure toute possibilité de faire trancher le conflit par son juge naturel. C'est aussi insulter la communauté à laquelle on appartient en ne la croyant pas capable de résoudre ses problèmes internes. C'est douter de la compétence et de l'objectivité des arbitres qu'elle est spontanément capable de fournir. Une forte pression sociale s'exerce pour commencer par s'adresser à eux. Celui qui va devant un magistrat est soupçonné de bénéficier d'appuis inviolables. On a tendance à l'accuser de n'être pas assuré de son bon droit puisqu'il ne va pas devant ses arbitres naturels, ceux dont tous reconnaissent l'autorité.

II - L'appel différencié à l'arbitrage selon les branches du droit

Si l'on cherche les branches du droit où l'arbitrage s'épanouit le mieux, c'est sans nul doute le droit international et plus précisément le droit international public (A) qu'il faut d'abord scruter. Cela se comprend : avant le XX^e siècle et l'apparition des premiers tribunaux internationaux, il n'y a guère en cas d'échec de la diplomatie, que l'arbitrage qui permette d'éviter la guerre. Le droit des affaires (B) constitue un autre domaine de prédilection.

A - Droit international

Sans trop le dire puisqu'il se veut consensuel et accommodant, destiné à rassurer sans offenser personne, l'arbitrage est inséparable d'une certaine mise en cause de l'autorité de l'Etat, de ses militaires, de ses diplomates, de ses juges et de ses lois. On le voit bien si l'on se place dans une perspective historique à long terme. Dans le passé, les deux époques de prédilection pour l'arbitrage international sont l'Antiquité grecque et le Moyen Age européen. La première période correspond à une société internationale composée de cités, n'ayant pas encore une

claire conscience de la notion de souveraineté, privilégiant pour la plupart d'entre elles leurs intérêts économiques et commerciaux, donc prêtes à mettre en œuvre des compromis adaptés pour éviter des conflits ruineux. C'est donc l'espace raffiné que constitue le monde hellénique antique qui fournit les exemples les plus systématiques de mise en œuvre de l'arbitrage, surtout dans les rapports inter cités. Ce mode de règlement des différends est à peu près systématiquement prévu dans les lois qui organisent les diverses ligues et confédérations qui structurent de façon plus ou moins durable cet univers fragile. Il en va ainsi de la Confédération béotienne autour de Thèbes, de la seconde Ligue athénienne, de la Ligue de Corinthe constituée par Philippe de Macédoine...

Dans l'ensemble et sauf si l'un des membres est déterminé à en découdre, ces procédures de règlements des conflits par l'intervention de tiers fonctionnent assez bien. On les retrouve, plus improvisées, lorsque des menaces de guerre apparaissent entre des cités que ne lie aucune solidarité préétablie. Entre Sparte et Athènes, les traités de 446 et de 421 comportent un engagement à soumettre leurs différends à l'arbitrage. En cinq cents ans, jusqu'au IV^e siècle AC, ce sont rien moins que 110 arbitrages qui ont été organisés, ce qui conduit à conclure que l'arbitrage international est « strictement une création des Grecs »²². Les questions qui se posent à l'époque et que s'efforcent de régler les conventions qui organisent l'arbitrage sont celles que l'on retrouvera, par la suite, à peu près toujours : détermination de l'autorité chargée de prononcer la décision, qu'il s'agisse d'une personnalité reconnue par chacune des parties ou d'un organe collégial, normalement paritaire ; fixation de la procédure à respecter et jusqu'à la rédaction de la

²² Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris 2009, p. 55.

décision ; enfin et surtout loi applicable, c'est-à-dire soit le traité constitutif, soit à défaut, les « usages communs des ancêtres ».²³

La domination romaine sur tout le Bassin méditerranéen met fin à ces tendances conciliatrices, à cette acceptation de s'en remettre à des personnalités de toute confiance pour régler les conflits. Avec ses légions, Rome n'a pas besoin de telles procédures. On se souvient des conditions de déclenchement de la seconde guerre punique : Quintus Fabius Maximus, envoyé en 219 en ambassade auprès des Cartaginois se borne à répondre aux longues explications qui lui sont présentées sur les tensions entre les deux peuples à propos de la ville de Sagonte en Espagne, que, dans le pli de sa toge, il apporte la paix ou la guerre, au choix de ses interlocuteurs.²⁴ On peut rêver de procédures diplomatiques plus sophistiquées et moins hasardeuses, et qui laissent plus de place à l'apaisement des tensions.

La seconde période d'appel important à l'arbitrage international se situe donc au Moyen Age, caractérisée par une éclipse de l'autorité de l'Etat. Dans des sociétés de type féodal, éclatées entre une multitude de seigneuries, fondées sur des rapports vassaliques où la fidélité mutuelle est censée jouer un rôle décisif, avec une grande révérence à l'égard des autorités morales et d'abord religieuses, l'arbitrage trouve tout naturellement sa place, tant dans les rapports entre institutions publiques qu'entre personnes privées. Parmi les personnalités

²³ M.N. Tod, *International Arbitration among the Greeks*, Oxford 1913 ; A. Raeder, *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Kristiania 1912 synthésisés par Dominique Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 62.

²⁴ Tite Live, *Histoire romaine*, livre XXI, chap. III, 18 : Ces derniers lui ayant demandé de choisir, il opte pour la guerre. Tite Live commente sobrement : « La franchise de cette question et de cette déclaration de guerre parut plus conforme à la dignité du peuple romain qu'une discussion juridique [...] » (19).

prestigieuses auxquelles chacun reconnaît toutes les qualités pour jouer le rôle d'arbitres incontestés, figure évidemment Louis IX, archétype du prince chrétien, cumulant donc les deux titres les plus utiles pour se voir reconnaître un rôle décisif dans le règlement des conflits. Son destin est si exemplaire que l'on a peine à distinguer la vérité de l'hagiographie²⁵. Déjà, tout jeune, il intervient, contre la volonté de sa mère, pour pousser à la réconciliation de la royauté avec l'Université de Paris lors de la grande grève de 1229-1231²⁶. En 1255, il règle une querelle intervenue à l'Université de Paris entre maîtres séculiers et maîtres réguliers mendiants²⁷. L'année suivante, le 24 septembre 1256, c'est « l'arbitrage de Péronne » par lequel il arbitre le conflit lié à la succession du riche comté de Flandre, de surcroît stratégiquement situé aux confins du royaume et de l'Empire²⁸.

On a l'impression que, d'une intervention à l'autre, son champ d'action s'élargit. Son renom d'« apaiseur » est si grand qu'au concile de Lyon en 1244-1245, l'Empereur Frédéric II en conflit avec le pape Innocent IV, propose l'arbitrage du roi de France qui « prud'homme était ». Il fait ainsi figure d'arbitre de la chrétienté²⁹. Cette position est confirmée par le traité de Corbeil qui, signé le 11 mai 1258, met fin à la rivalité entre le royaume de France et le royaume d'Aragon à partir d'une double et symétrique renonciation : Louis IX abandonne ses prétentions sur la Catalogne et Jacques I^{er} certaines des siennes en Languedoc. Le traité est le fruit du travail de deux arbitres ecclésiastiques, un Français et un Catalan, désignés par les deux

²⁵ Nous nous fondons, dans les lignes qui suivent sur l'incontestable biographie de Jacques Le Goff, *Saint Louis*, Gallimard (NRF), Paris 1996.

²⁶ *Id.*, p. 593.

²⁷ *Id.*, p. 447-448 et 593.

²⁸ *Id.*, p. 252-255.

²⁹ *Id.*, p. 650.

rois qui acceptent leurs propositions³⁰... Le rôle de ce roi de France est si exceptionnel que l'on ne peut considérer ses interventions dans les arbitrages internationaux du XIII^e siècle comme vraiment représentatif de cette procédure. Du moins, par l'exemple qu'il propose, fournit-il un modèle utile pour des arbitres moins flamboyants.

Au Moyen Age, il n'est guère que le pape, qui soit sollicité pour des enjeux comparables. La plus célèbre des interventions de ce dernier type débouche sur le traité de Tordecillas de 1494 par lequel il est décidé entre l'Espagne et le Portugal une délimitation de leurs zones de conquêtes fixées à 100 puis à 370 lieues à l'ouest des îles du Cap-Vert. Cet accord a moins laissé de souvenir par l'intervention des papes Alexandre VI, puis Jules II, que par l'insolence de deux nations qui prétendent pouvoir se partager l'Amérique et l'Afrique et par ses conséquences inattendues aux yeux de beaucoup, puisque, du fait des aléas de la géographie, le Portugal se retrouve possesseur du Brésil. A noter que, si de nos jours, les arbitrages des monarques européens et de la papauté sont moins fréquents, il s'en trouve encore quelques exemples, ainsi en 1931 l'arbitrage du roi d'Italie entre la France et le Mexique à propos de la possession de l'îlot de Clipperton³¹ ou, en 1966, l'arbitrage d'Elisabeth 2 dans un conflit frontalier entre Argentine et Chili. De même en 1984, entre le Chili et l'Argentine, à la suite d'un arbitrage non respectée par cette dernière à propos de l'affaire du canal de Beagle, il y a une intervention réussie du pape Jean-Paul II, ce qui prend d'ailleurs la forme d'une médiation plus que d'un arbitrage³².

³⁰ *Id.*, p. 255-256.

³¹ Marc Perrin de Brichambaut, Jean-François Dobelle et Frédérique Coulée, *Leçons de droit international*, Paris 2011, p. 386.

³² *Id.*, p. 389.

En fait, après le Moyen Age et le tout début des temps modernes, l'on constate une longue éclipse de l'arbitrage. La doctrine internationaliste s'accorde à constater qu'« avec l'apparition des Etats modernes, l'arbitrage s'est raréfié : jaloux de leur jeune souveraineté, les nouveaux Etats n'acceptèrent pas de se soumettre au jugement d'un tiers. »³³ Se référant à Emer de Vattel³⁴ qui écrit au milieu du XVIII^e siècle, ils soulignent que cette technique de règlement des différends n'est plus utilisée que pour des conflits mineurs. La notion d'équilibre européen, fondé sur des liens de parenté par le sang et d'alliances matrimoniales compliquées mais denses, aurait pu déboucher sur l'affirmation de personnalités fortes capables d'être reconnues par tous comme aptes à régler les différends. En fait, comme dans une famille divisée, chacun veut s'imposer et les conflits armés se succèdent sans que nul puisse imaginer de luttes à mort mais sans parvenir non plus à un accord durable. « Cette mise en veille de l'arbitrage s'est prolongée jusqu'à la fin du XVIII^e siècle »³⁵. C'est donc, à la jointure des temps modernes et de l'époque contemporaine, que s'impose un moment décisif pour la mise en place durable des modes d'organisation de l'arbitrage : « Très ancienne, la technique arbitrale n'a pris des traits encore reconnaissables dans le droit actuel qu'à la fin du XVIII^e siècle et ne s'est affirmée sous sa forme contemporaine que près d'un siècle plus tard »³⁶.

Si les auteurs sont à peu près d'accord sur la période de *résurrection*³⁷ de l'arbitrage international et de sa configuration moderne, ils se divisent en revanche sur le texte fondateur. Du

³³ Patrick Daillier *et al.*, ouvr. cité, p. 964.

³⁴ Emer de Vattel, *Le droit des gens. Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres [Neuchâtel] 1758.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris 1912, p. 572-573.

³⁷ Patrick Daillier *et al.*, ouvr. cité, p. 84.

moins reconnaissent-ils que c'est entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis qu'est conclu le texte décisif de ce point de vue, ce qu'ils attribuent à l'empirisme anglo-saxon et à la volonté des deux pays de ne plus connaître de combats ruineux et sanglant comme ceux dont la guerre d'indépendance a été le théâtre. Pour certains, le premier accord à prendre compte au titre de l'arbitrage international est le traité de Londres de 1795. Le président de la Cour suprême US, John Jay, joue un rôle important au point qu'on donne souvent son nom à cette entente qui s'efforce notamment de régler les problèmes des particuliers victimes de la guerre d'indépendance, ainsi des Américains dont les navires, les marchandises, les esclaves avaient été confisqués par les Anglais, ou encore des Anglais habitant l'Amérique mais restés loyaux à la métropole et donc victimes de mesures de représailles.

Le système imaginé alors consiste en la mise en place de commission mixtes composées de deux ou quatre arbitres désignés par les parties et d'un sur arbitre désigné d'un commun accord ou tiré au sort, étant entendu que tous doivent être Anglais ou Américains³⁸. Si le système prouve son efficacité puisqu'il fonctionne jusqu'en 1831, nombre d'auteurs considèrent que ses décisions constituent plutôt des compromis que des arbitrages³⁹ ou parlent aussi d'arbitrage « diplomatique » avec décision transactionnelle plus que juridique⁴⁰. Le problème tient à ce que les gouvernements attendent des soi-disant juges qu'ils ont désignés, qu'ils se considèrent d'abord comme les défenseurs des intérêts de leur pays d'origine. De ce point de vue, une étape importante est accomplie avec un traité du 1839 conclu entre les Etats-Unis et le

³⁸ Jean Combacau et Serge Sur, *ouvr. cité*, p. 577.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Patrick Daillier *et al.*, *ouvr. cité*, p. 964.

Mexique et qui décide que le sur arbitre sera désigné par les arbitres⁴¹.

Finalement, le premier arbitrage au sens étroit ou encore celui qui marque le début de « l'arbitrage moderne »⁴² est celui qui clôt l'affaire de l'Alabama en 1872. Au lendemain de la guerre de Sécession, les USA reprochaient à GB d'avoir laissé se ravitailler chez eux le navire sudiste Alabama. Le traité de Washington de 1871 prévoit un arbitrage avec cinq arbitres dont trois d'une autre nationalité que celle des parties. Il précise également le droit applicable. Finalement, les arbitres décident d'une indemnité au profit des USA. A partir de là les arbitrages vont se multiplier. Ainsi en 1893, à propos des pêcheries de phoques de la mer de Behring entre les USA qui viennent d'acheter l'Alaska et la Grande-Bretagne qui représente le Canada. Cette procédure est destinée à faire jurisprudence puisque les arbitres, avec l'accord des parties, font œuvre législative en organisant cette pêche pour l'avenir, en imposant des zones de protection, des dates de pêche et l'usage de certains instruments. Finalement, ce sont les conventions de La Haye de 1899 et de 1907 qui réglementent l'arbitrage et créent la Cour permanente d'arbitrage.

B – Le droit des affaires

On a tendance à expliquer que l'arbitrage se développe dans les milieux d'affaires à cause du caractère souvent international de leurs activités ainsi que pour échapper à une justice publique que l'on soupçonne d'ignorance des pratiques professionnelles et de préjugés nationalistes qui la conduit à donner tort à l'étranger. Ces deux considérations se trouvent très tôt dans les coutumes spécifiques que les commerçants se dotent, dès

⁴¹ Jean Combacau et Serge Sur, *ouvr. cité*, p. 578 : traité du 11 avril 1839.

⁴² Brichambaut *et al.*, *ouvr. cité*, p. 385.

l'Antiquité, en marge du droit spécifique à chaque cité. Les Grecs y font largement appel, notamment à l'appui des échanges qui se développent de façon intensive dans le Bassin méditerranéen. Les Romains reconnaissent également des *leges mercatoriae* consistant en des usages et des principes. C'était un des éléments qui servent de base aux jugements rendus par le préteur pérégrin à l'égard des hommes libres non citoyens puisque ces derniers ne peuvent pas prétendre à l'application du *jus civile* mais seulement du *jus gentium*. On retrouve cette notion de *Lex Mercatoria* au Moyen Age, renforcée par l'absence d'autorité publique incontestable. Elle est fondée sur les pratiques auxquelles se réfèrent les marchands de l'époque tant pour ce qui est du commerce maritime en Méditerranée et dans l'Atlantique, que pour les foires qui prennent une très grande importance à partir du XII^e siècle et qui posent des problèmes juridiques considérables, entre professionnels venus de toute l'Europe et méfiants à l'égard des autorités seigneuriales malgré les promesses de protection dont on les accable pour les attirer.

Dans leurs contrats, de tous temps, les commerçants multiplient les clauses compromissaires. Ils choisissent leurs juges et leur droit. Cette *Lex Mercatoria* a survécu à la généralisation des Etats-nations et la doctrine contemporaine y voit « un « droit spontané, développé à partir des usages et coutumes »⁴³. La tendance actuelle, liée au développement du commerce international, est de redonner une certaine importance à ce corps de règles, présenté par certains, comme un ordre juridique intermédiaire entre les plans national et international. Les juristes en recherchent des éléments tant dans les contrats que, bien sûr, dans l'arbitrage⁴⁴.

⁴³ Professeur Jacquet (cours du), *Les contrats du commerce international*, rédigé par Martin H. Godel, Institut des hautes études internationales, Genève 2001, p. 10.

⁴⁴ Berthold Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », dans *Journal du droit international* 1979, p. 1 et s.

De fait, le développement d'un droit des affaires spécifiques, indépendant des pouvoirs publics nationaux, est inséparable de l'appel systématique à l'arbitrage. Au Moyen Age, ce dernier est largement pratiqué. Il permet de rompre avec des prescriptions locales qui ont tendance à accabler l'étranger, par exemple avec les règles qui, dans certaines coutumes, proclament le « droit de représailles » : il s'agit d'autoriser un créancier qui s'estime lésé par un commerçant venu d'ailleurs et rentré chez lui, de s'approprier les biens d'une personne de même origine que son débiteur supposé. De façon moins brutale, les sentences arbitrales sont rendues par des *jurisperiti*, « hommes de lois spécialisés dans l'arbitrage ou la composition amiable dans le droit des affaires »⁴⁵. La décision est ensuite remise au juge auquel il appartient de la mettre en œuvre sans examen du fond⁴⁶. Les pouvoirs publics ont tendance à encourager l'arbitrage en matière commerciale. L'argument selon lequel les magistrats connaissent mal le droit des affaires n'est pas sans portée. Au surplus, il faut freiner la tendance à encombrer les tribunaux, par des procédures qui pourraient se régler autrement.

En France, à partir du XVI^e siècle, au terme d'une ordonnance de juin 1510, l'arbitrage devient obligatoire dans diverses matières, notamment commerciales⁴⁷. Apparemment, cette injonction a cependant du mal à être respectée puisqu'elle est reprise dans l'édit de Fontainebleau de 1560⁴⁸, puis dans un texte de 1566⁴⁹, avant d'être définitivement officialisée dans le

⁴⁵ Edouard Richard, *Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques*, PUR, Rennes, 2005, p. 51.

⁴⁶ Auguste Dumas, *Droit des obligations*, p. 190.

⁴⁷ Jean Hilaire, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Rev. Arb.* 2002-2, p. 193.

⁴⁸ Art. 3 de l'ordonnance du 5 août 1560.

⁴⁹ Art. 83 de l'ordonnance de février 1566.

code Michau de 1629⁵⁰. A noter cependant que la justice royale n'est pas complètement dépossédée puisque l'appel de la décision des arbitres, est toujours possible soit devant la Cour présidiale, soit devant le Parlement⁵¹. Quant aux justices consulaires qui apparaissent progressivement, elles font également appel à l'arbitrage avec le système de « l'arbitre-rapporteur », personnage désigné d'office par les juges-consuls mais qui ne rend qu'un avis que ces derniers sont ou non libres de suivre⁵². La bienveillance de la législation monarchique pour l'arbitrage commercial ne doit pas étonner bien qu'elle se situe à une époque dont nous savons qu'elle se caractérise par la volonté de préserver et d'étendre la compétence des juges royaux : l'administration nationale qui se met en place considère qu'il est des affaires dont il vaut mieux ne pas trop s'occuper mais laisser les protagonistes se mettre d'accord. Il en va ainsi en matière commerciale, de même d'ailleurs que familiale, deux domaines où l'arbitrage est souvent obligatoire.

En fait, c'est surtout pour éviter que des tiers, y compris des magistrats, se mêlent des conflits apparus entre parents que l'arbitrage est imposé par les pouvoirs publics, les litiges entre commerçants étant soumis au même régime en quelque sorte par extension. On le voit bien sous la Révolution qui, par une loi de 1790 et de façon spectaculaire, place cette procédure au sommet de l'organisation judiciaire : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyen, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis »⁵³. Les dispositions suivantes tirent les conséquences

⁵⁰ Art. 152 de l'ordonnance du 15 janvier 1629.

⁵¹ E. Richard, *ouvr. cité*, p. 78.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Art. 1^{er} de la loi des 16-24 août 1790.

de cet acte de foi en interdisant d'en appeler des sentences arbitrales sauf si les parties se sont réservé cette faculté par une clause de compromission⁵⁴. Pour faire bonne mesure, le législateur ajoute une condition supplémentaire : il faut en outre qu'ait été expressément prévu le tribunal de district compétent pour cet appel⁵⁵.

Surtout, cette loi de 1790 ouvre une longue série de textes destinés à imposer l'arbitrage forcé. La méfiance bien connue des révolutionnaires à l'égard des professionnels du droit, qu'il s'agisse des juges ou des auxiliaires de justice, se donne libre court en interdisant aux magistrats de s'immiscer dans toute une série d'affaires délicates⁵⁶, au premier chef les conflits familiaux. La loi organise donc des tribunaux arbitraux, obligatoirement compétents pour toutes les contestations entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles⁵⁷... Le système paraît si efficace qu'il est étendu en 1793 aux litiges entre les communes et les propriétaires⁵⁸, puis en 1794 aux conflits concernant les donations et les testaments⁵⁹... Ces domaines de compétence paraissent éloignés du droit des affaires. En fait, à partir de l'an 1795, le législateur va commencer à revenir sur ce système d'arbitrages forcés et rendus sans appel dont les inconvénients sont apparus sauf, justement dans le domaine du droit des sociétés. Ainsi deux décrets de 1795 rendent-ils aux tribunaux leur compétence en matière de

⁵⁴ Art. 4.

⁵⁵ Art. 5.

⁵⁶ Cf., tiré de sa thèse, l'article de Carine Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'Etat pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », dans *Annales historiques de la Révolution française*, n° 350, oct.-déc. 2007 : « Justice, nation et ordre public », p. 69-85.

⁵⁷ Art. 12 de la loi des 16-24 août 1790.

⁵⁸ Art. 3 du décret du 10 juin 1793.

⁵⁹ Art. 54 de la loi du 17 nivôse an II.

donations et de testament⁶⁰, puis en matière d'appel des décisions des jugements arbitraux⁶¹. C'est enfin l'abolition pure et simple des arbitrages forcés, à l'exception de celui qui est imposé aux associés pour les contestations qui peuvent s'élever entre eux relativement aux affaires sociales⁶². Cette dernière disposition, conservé par le Code de commerce n'est supprimé qu'en 1856⁶³, ce qui met fin à l'arbitrage forcé en tout domaine. A la fin du XIX^e siècle, il est de nouveau question de rendre l'arbitrage obligatoire, cette fois en matière du conflit du travail, au moins en subordonnant l'exercice du droit de grève à une tentative de mise en œuvre de cette procédure : le projet ne passera que très édulcoré⁶⁴, présentant l'arbitrage comme une possibilité et ne prévoyant d'autres moyens de pression que la publication des réactions de chaque partie et, le cas échéant, les étapes de la procédure. Le nombre d'arbitrages réussis demeure modeste⁶⁵.

De nos jours, toutes sortes de motivations sont invoquées pour expliquer et parfois justifier l'appel à l'arbitrage. L'étude des origines historiques de cette procédure permet du moins d'en mettre plusieurs en évidence. La principale tient, sans doute, au sentiment d'insuffisance des autorités étatiques, à la médiocre confiance qu'on leur porte, aux compétences techniques insuffisantes dont on les soupçonne, aux pressions auxquelles on les croit vulnérables. C'est donc dans les périodes

⁶⁰ Décret des 5-12 brumaire an IV.

⁶¹ Décret du 3 vendémiaire an IV.

⁶² Loi du 9 ventôse an IV.

⁶³ Loi du 17 juillet 1856.

⁶⁴ Art. 1^{er} de la loi du 27 déc. 1892 : « Les patrons, ouvriers et employés entre lesquels s'est produit un différend d'ordre collectif portant sur les conditions du travail, peuvent soumettre les questions qui les divisent à un comité de conciliation, et, à défaut d'entente dans ce comité, à un conseil d'arbitrage [...] » (*JO* 28 déc. 1892, p. 6276).

⁶⁵ En 1900, par exemple, sur 902 grèves, 51 font l'objet d'un arbitrage dont 21 sont acceptés (Conrad de Fromont de Bouaille, *Conciliation et arbitrage*, Paris 1905, p. 177).

qui précèdent l'apparition des Etats nations ou lorsqu'ils connaissent une éclipse qu'il est systématiquement fait appel à ce mode de règlement des différends, comme sous l'Antiquité ou au Moyen Age. S'y ajoute le souci d'éviter des décisions que l'on craint trop influencées par des préjugés religieux ou politiques qui risquent de compromettre le sens de l'équité qui doit normalement inspirer le juge. Il arrive aussi que la justice d'Etat, lorsqu'elle existe et tend à s'imposer, apparaisse comme une machinerie trop lourde, trop lente, trop solennelle pour satisfaire ceux qui cherchent une solution rapide et dédramatisée, parfois aussi discrète, loin de la publicité des prétoires et du caractère quelquefois imprévisibles de ses sentences. Il est des choses que l'on osera révéler à l'arbitre, mais pas au magistrat.

Il est révélateur que dans un pays de culture juridique aussi ancienne que la France, l'opinion publique demeure réservée à l'égard des tribunaux, à moins que le discours dominant sur l'encombrement des greffes n'explique la volonté d'alléger leur travail. Un sondage réalisé en novembre 2013 auprès d'un échantillon de 3 000 personnes représentatives de la population française⁶⁶ révèle qu'entre les deux opinions : « C'est le rôle du juge de trancher en cas de désaccord entre deux personnes, qu'elle [sic] qu'en soit l'importance » et « Dans certains conflits, le juge n'est pas la personne la mieux à même pour trouver la solution », c'est la seconde proposition qui obtient le plus d'adhésions, il est vrai avec une courte majorité : 50 % contre 48 %. Au-delà de la faute d'orthographe dans le libellé de la question qui ne paraît pas avoir troublé grand monde ⁶⁷, l'interprétation d'un tel résultat demeure difficile dans la

⁶⁶ Ministère de la Justice, *Infostat Justice* 125, « L'opinion des Français sur la justice », janvier 2014.

⁶⁷ *Id.*, p. 3.

mesure où l'on ne sait, parmi les partisans des modes alternatifs de règlement des conflits, la répartition entre ceux qui considèrent qu'il est des affaires que leur modicité et leur simplicité rendent indignes d'être portées devant les tribunaux et ceux pour qui, à l'inverse, il est des affaires trop importantes et trop complexes pour que l'on ait intérêt à y mêler la justice.

Au surplus, cet appel à d'autres solutions que la magistrature officielle laisse entière la question de l'instance adéquate. De ce point de vue, l'histoire témoigne de ce que l'arbitrage possède de fortes spécificités qui doivent permettre de le distinguer du compromis, de la médiation ou de la conciliation. Il se caractérise le plus souvent par de fortes contraintes. Ce n'est pas le domaine de ces contacts courtois que permettent, sous l'autorité d'une personnalité débonnaire, de rapprocher les points de vue jusqu'à se mettre d'accord. La convention que rend possible l'arbitrage –la clause compromissoire, la mal nommée puisqu'elle ne débouche pas directement sur un compromis au sens courant du terme– prévoit en principe les modes de désignation des arbitres, la procédure qu'ils vont respecter, le système juridique qu'ils vont utiliser, les formes de la sentence, les recours dont elle pourra faire l'objet. Parmi tous les défauts que l'on peut reprocher au système judiciaire, le coût n'est pas celui dont il est le plus facile le plus facile de se libérer. Dans le cas de l'arbitrage, ce n'est pas la considération la plus déterminante.