

ARBITRAGE

211

« La présentation sous forme de "code" épouse la conception autonomiste de l'arbitrage »

À l'heure où l'arbitrage occupe le devant de la scène judiciaire et médiatique, LexisNexis renforce sa collection de codes, avec un nouveau venu : le Code de l'arbitrage commenté. Cette création originale propose au lecteur, au-delà des articles illustrés par la jurisprudence - plus de 2000 décisions citées et référencées -, un apport doctrinal certain. Son auteur, le professeur Thomas Clay, spécialiste reconnu du droit de l'arbitrage, auteur de plusieurs ouvrages et nombreux articles en ce domaine, contribue ainsi à restituer la grande richesse de cette branche du droit.

La Semaine juridique, Édition générale : Peut-on dire que ce « Code de l'arbitrage » est un « code » d'un nouveau genre ?

Thomas Clay : Oui et non. Oui, car il n'y en avait pas jusqu'à présent dans l'édition juridique. Non, car les codes commentés relèvent d'une tradition ancienne, même si elle s'est délitée au fil du temps. Longtemps pivot de l'édition juridique, notamment à l'époque de l'exégèse triomphante, les codes commentés ont pratiquement disparu du paysage éditorial contemporain, du moins en droit privé. Il est vrai que l'exercice pourrait être infini car chaque article est la portion d'un tout et le commentaire du tout pourrait parfaitement figurer sous chaque article, au risque de noyer le lecteur. Or même s'il n'existe pas de « code » de l'arbitrage au sens juridique, la licence éditoriale permet des libertés qu'on aurait tort de ne pas saisir et qui a déjà sévi dans le passé puisque l'édition juridique fourmille de « codes » qui n'en sont pas. Il était temps que l'arbitrage opère la même transgression et dispose du sien.

JCP G : C'est ce qui a présidé à la création d'un code autonome ?

T. C. : La matière elle-même justifie d'être rassemblée sous l'aspect d'un code, tant pour des raisons de forme, que de fond. Sur la forme, les articles du Code de procédure civile consacrés à l'arbitrage (CPC, art. 1442 à 1527) peuvent être extraits sans



THOMAS CLAY, professeur à l'université de Versailles – Saint-Quentin, vice-président de l'Université, directeur du Master Arbitrage & Commerce international

difficulté de leur environnement, tant ils constituent un ensemble homogène, cohérent, autonome, un *corpus* en quelque sorte. Sur le fond, la présentation sous forme de « code » paraît idéalement adaptée à son objet parce qu'elle épouse la conception autonomiste de l'arbitrage qui veut que ce droit se suffise à lui-même. Fond et forme sont ici alliés, de manière presque militante, pour restituer au mieux la richesse infinie de cette magnifique branche du droit.

JCP G : On vous « catalogue » comme un défenseur de la conception dite « fran-

çaise » du droit de l'arbitrage. Vous nous expliquez ?

T. C. : En effet, je me revendique de l'école autonomiste de l'arbitrage international, celle-là même qui a été conçue par Berthold Goldman et Philippe Fouchard, mon maître, et qui est aujourd'hui aussi incarnée par Éric Loquin et Emmanuel Gaillard. Le seul rappel de ces grands noms suffit d'ailleurs à me rassurer sur la justesse de l'analyse. L'idée force est que l'arbitrage doit être arrimé à ses origines et à sa transnationalité, deux éléments essentiels de ce qu'il est. En d'autres termes, d'une part, depuis la nuit des temps, l'arbitrage a été une justice parallèle à la justice étatique, et non pas une justice soumise. D'autre part, l'arbitrage est une justice universelle et ne doit pas dépendre des contingences nationales. Cette conception de l'arbitrage international est la marque du droit français, reconnue par la jurisprudence et consacrée dans le code. C'est ce pour quoi le droit français de l'arbitrage est connu à travers le monde, et qu'il offre même un modèle abondamment reproduit. D'où l'idée de proposer un code qui illustre cette approche au plus près des articles qui le constituent.

JCP G : Mais n'y a-t-il pas des risques d'abus ?

T. C. : Si, évidemment, c'est aussi pourquoi je défends parallèlement une conception

rigoureuse de la pratique de l'arbitrage, notamment sur les questions d'indépendance de l'arbitre. Le corollaire de la liberté de l'arbitrage international, c'est une éthique irréprochable et une mise en jeu de la responsabilité à chaque fois que nécessaire. Il y a des habitudes, des pratiques, des dérives qui se sont installées et qui doivent être corrigées de l'intérieur sous peine de se le voir imposé de l'extérieur, de manière plus brutale et sans doute douloureuse. Proposer des solutions allant dans cette direction constitue un second volet de mon travail. Et la jurisprudence, qui a considérablement renforcé les obligations de l'arbitre depuis 15 ans, et notamment l'obligation d'indépendance, va exactement dans ce sens. Les articles du Code de procédure civile sur l'arbitrage sont à l'unisson. C'est d'ailleurs le sens du combat que j'ai mené dans l'arbitrage entre le CDR et Bernard Tapie, qui ne me semblait pas correspondre à ce que doit être l'arbitrage (cf. encadré).

JCP G : Les articles commentés sont issus du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 à la rédaction desquels vous avez été associé de près. Doit-on parler aujourd'hui d'un nouveau droit de l'arbitrage ?

T. C. : Incontestablement la réforme de 2011 est une réforme d'ampleur qui autorise, oui, à parler d'un nouveau droit de



l'arbitrage. C'était le bon moment pour éditer un code puisque l'on commence à disposer d'assez de jurisprudence pour éclairer l'interprétation des nouveaux articles. C'est une réforme d'ampleur aussi parce qu'elle consacre les solutions jurisprudentielles qui étaient hors du Code et rend donc le droit de l'arbitrage plus intelligible et plus accessible. Je suis personnellement très attaché à cela. Contrairement à certains qui ont une approche possessive de leur savoir en droit de l'arbitrage, craignant qu'une trop large diffusion en multiplie les acteurs et réduise leur part du gâteau arbitral, je suis favorable à une démocratisation de la pratique de l'arbitrage.

JCP G : Le Code de l'arbitrage sort au moment où la CA de Paris annule (CA Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278), les sentences des 7 juillet et 27 novembre 2008, accordant 405 millions d'euros à B. Tapie, dans le litige l'opposant au Crédit lyonnais (V. JCP G 2008, act. 593). Quelques mots sur cette affaire ?

T. Clay : Cette décision ne surprendra que ceux qui se sont laissés intoxiquer par la propagande médiatique de B. Tapie. Le plus dur n'était pas d'obtenir cet arrêt, mais de faire en sorte que l'action soit intentée. Et les résistances ont été fortes de toute part. La cour d'appel de Paris a rendu un grand arrêt qui honore la justice et réhabilite l'arbitrage. C'est d'autant plus remarquable que le contexte était lourd. Mais la méticulosité de sa motivation et sa rigoureuse confor-

mité au droit de l'arbitrage le place, à mon avis, à l'abri de toute critique sérieuse. Sur la recevabilité du recours en révision, sur la qualification interne ou internationale de l'arbitrage, sur l'absence d'indépendance d'un arbitre, sur le pacte frauduleux, etc., à chaque fois la Cour a développé une motivation serrée et implacable. L'arrêt est d'ailleurs accablant pour les fraudeurs, accusés de « dissimuler des liens anciens, étroits et répétés (...) dans le dessein ourdi par l'arbitre de concert avec M. Tapie et son représentant, de favoriser au cours de l'arbitrage les intérêts de cette partie ». Il est montré que cet arbitre aurait agi « au mépris de l'exigence d'impartialité (...) en assurant une mainmise sans partage sur la procédure arbitrale, en présentant le litige de manière univoque puis en orientant délibérément et systématiquement la réflexion du tribunal en faveur des intérêts de la partie qu'il entendait favoriser par connivence avec celle-ci et son conseil » et en ayant « circonvenu les deux autres dans un dessein frauduleux ». Ces mots sont terribles. Plus généralement ces attendus marquent aussi, à mon avis, la fin d'une forme de connivence dans certains cercles où l'on se croit tout permis, sans comprendre que le monde a changé. Car le sentiment d'impunité des fraudeurs dans cette affaire est peut-être ce qu'il y a de plus surprenant. Enfin, c'est une décision qui met en pièce la stratégie de contournement de la justice étatique de B. Tapie depuis des années. La Cour redevient compétente sur le fond du litige. L'arbitrage n'était pas fait pour ça. Il était important que ce soit dit, et cela a été admirablement dit.

La réforme est d'ampleur également parce qu'elle apporte des solutions innovantes et facilitantes, parfois à l'avant-garde mondiale du droit de l'arbitrage. Enfin, c'est une réforme qui est traversée par une conception de l'arbitrage qu'elle défend et promeut et que j'ai résumée dans le Code sous la devise « Liberté, égalité, efficacité ».

JCP G : Quels sont les outils qui permettent à son utilisateur de se servir au mieux du code ?

T. C. : C'est aussi un code à finalité pratique articulé autour d'un ordonnancement assez simple d'utilisation : l'article, son commentaire qui raconte notamment l'histoire de chaque article et le compare à sa version précédente, toute la jurisprudence appliquant l'article depuis 2011, et toute la jurisprudence antérieure qui reste valable. Cela a impliqué un tri minutieux de cette jurisprudence. Au total, il y a plus de 2000 décisions citées et référencées. L'ensemble est précédé d'une introduction qui raconte la genèse, longue, de cette recodification et s'achève par des tables de correspondances entre les anciens et les nouveaux articles, soutenu par une bibliographie et un index. Enfin, il y a une préface dont le professeur Loïc Cadet m'a fait l'honneur, qui ouvre le livre et le débat.

PROPOS RECUEILLIS PAR HÉLÈNE BÉRANGER

quement la réflexion du tribunal en faveur des intérêts de la partie qu'il entendait favoriser par connivence avec celle-ci et son conseil » et en ayant « circonvenu les deux autres dans un dessein frauduleux ». Ces mots sont terribles. Plus généralement ces attendus marquent aussi, à mon avis, la fin d'une forme de connivence dans certains cercles où l'on se croit tout permis, sans comprendre que le monde a changé. Car le sentiment d'impunité des fraudeurs dans cette affaire est peut-être ce qu'il y a de plus surprenant. Enfin, c'est une décision qui met en pièce la stratégie de contournement de la justice étatique de B. Tapie depuis des années. La Cour redevient compétente sur le fond du litige. L'arbitrage n'était pas fait pour ça. Il était important que ce soit dit, et cela a été admirablement dit.