

# L'AMIABLE COMPOSITION ET LE CONTRAT

par Jean-Denis BREDIN\*

Il m'avait d'abord été indiqué que je devrais réfléchir sur un sujet plus vaste : « les limites de l'amiable composition ». Et puis, recevant le programme de notre excellente journée, j'ai constaté que j'avais à parler sur « l'amiable composition et le contrat ». Par incapacité mentale à me réformer, je déborderais partiellement le sujet tel qu'il m'est aujourd'hui assigné. Mais cela pourrait ne pas avoir que des inconvénients.

Ne m'en veuillez pas d'autre part si, renonçant au rituel universitaire, je n'ai pas construit mon exposé selon un plan rigoureux. Mais le juriste, s'il devient amiable compositeur, doit pouvoir échapper même aux contraintes de la méthode !

Je vais, à la différence de ce religieux qui, disait-on se promenait dans les rues de son pays en criant : « J'ai une réponse, j'ai une réponse. Quelqu'un aurait-il une question ? », je vais, procédant à l'inverse, poser beaucoup plus de questions qu'apporter de réponses, tant il me semble que nous réfléchissons sur un sujet à la fois très étudié et toujours énigmatique.

— I —

Il est en effet difficile de parler ou même de réfléchir sur l'amiable composition parce qu'elle est une sorte d'auberge

---

\* Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Avocat au Barreau de Paris.

espagnole où l'on trouve, d'ordinaire, ce que l'on veut bien y apporter.

J'observe que la loi s'est prudemment gardée de définir l'amiable composition ; que l'article 12 du N.C.P.C. qui a donné au juge pouvoir d'être amiable compositeur dans certaines conditions, que l'article 58 sur la requête conjointe, qui a fixé la procédure permettant au juge de devenir amiable compositeur n'ont pas dit ce qu'était l'amiable compositeur, ce que devait faire ou ne pas faire le juge amiable compositeur.

Il en est de même pour l'essentiel des textes sur l'arbitrage. Seul l'article 1474 du N.C.P.C. indique une direction : « L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit » à moins qu'il ait reçu mission de statuer comme amiable compositeur. Ce qui semble bien dire que l'amiable composition, c'est l'éviction des règles de droit. Mais n'est-ce que cela et est-ce tout à fait cela ?

M. Loquin qui a, comme chacun le sait, fort bien travaillé sur cette question, dans son excellente thèse — qu'il a appelée en sous-titre : « contribution à l'étude du non-droit » révélant par là que l'amiable composition, c'était l'un des chemins vers le non-droit —, M. Loquin a observé que l'origine même de l'institution de l'amiable composition explique, pour partie, son actuelle ambiguïté.

« *L'amicabilis compositor* » était, à l'origine de l'institution, remarque M. Loquin, deux fois désigné, par l'adjectif et par le substantif, comme un médiateur. *Amicabilis*, il était, *compositor*, il était. Le terme même qui le désignait disait deux fois qu'il devait, en réalité, chercher une solution moyenne.

M. Loquin a fort bien expliqué l'évolution de l'institution, notamment au Moyen âge, comment l'*amicabilis compositor* était devenu un véritable arbitre, un arbitre dispensé des règles de droit.

Mais il est possible que l'histoire de l'amiable compositeur aide à expliquer, sinon à entretenir, une certaine ambiguïté sur la définition même de l'amiable composition. L'amiable composition n'est-elle qu'éviction des règles de droit ? Quelle est la portée réelle de cette éviction ? A quelle source l'amiable compositeur va-t-il puiser ? Dans l'équité ? Mais qu'est-ce que l'équité ? Dans sa conscience ? Dans sa loi morale ? Dans sa volonté de conciliation, d'apaisement ? Va-t-il, médiateur habillé en juge, chercher la solution médiane, la solution moyenne, de telle sorte que Salomon menaçant de découper en deux un enfant, aurait été le premier des amiables compositeurs ?

Une loi morale, une loi professionnelle, des usages, des principes généraux du droit, l'amiable compositeur sait-il au juste ce qu'il a dans sa besace lorsqu'il va rendre une sentence en amiable composition ?

Il me semble que ces difficultés à connaître le contenu de l'amiable composition sont éclairées par les tâtonnements jurisprudentiels.

J'observe d'abord qu'il y a de nombreux cas, et la doctrine et la jurisprudence les ont excellemment relevés, dans lesquels l'arbitre, en droit, dispose d'une liberté tout à fait comparable à celle de l'amiable compositeur.

La jurisprudence récente nous a enseigné que l'arbitre qui applique la *lex mercatoria*, et puise dans ce vaste et vague vivier, peut ne pas être un amiable compositeur, et ne pas cesser de statuer en droit.

Nous savons aussi, et M. Fouchard a très bien éclairé ce point, que l'arbitre qui se réfère aux usages du commerce international ne statue pas pour autant comme amiable compositeur. Les usages du commerce international sont des règles de droit, et l'article 1496 du N.C.P.C. les inscrit aujourd'hui dans le domaine de l'arbitrage international parmi les règles applicables par l'arbitre de droit.

Nous savons même, la 2<sup>e</sup> Chambre Civile de la Cour de cassation l'a rappelé par son arrêt du 30 septembre 1981, que l'arbitre qui déclare évaluer une indemnité en équité, n'est pas pour cela un amiable compositeur; il statue encore comme arbitre de droit; il n'a pas franchi l'incertaine frontière qui sépare l'arbitrage en droit de l'amiable composition.

J'observe ainsi, qu'au moins dans le domaine de l'arbitrage international, les choix ouverts à l'arbitre en droit sont considérables; et que l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile prend cette situation en compte quand il explique que le litige est tranché conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, et à défaut d'un tel choix, conformément à celles que l'arbitre estime appropriées.

Par conséquent, et c'est la remarque introductive que je souhaite faire, l'arbitre en droit dispose de champs très vastes dans lesquels il trouve matière à satisfaction d'équité.

A l'inverse, l'amiable compositeur, si nous nous tournons maintenant vers lui, que peut-il faire ? Nous savons que l'amiable compositeur peut appliquer le droit. Nous savons que l'amiable compositeur n'est pas contraint d'appliquer l'équité, et l'accord

est unanime pour admettre qu'aucun recours en nullité ne pourrait être introduit en raison du fait que l'arbitre en équité se serait refusé à appliquer l'équité, qu'il aurait décidé de tenir la règle de droit pour sa règle d'équité. Il peut faire du droit et ne faire que du droit. Nous savons aussi que l'arbitre amiable compositeur peut appliquer la *lex mercatoria*. Le Président Goldman, dans ses remarquables écrits sur la *lex mercatoria*, enseigne : « la référence à l'équité doit conduire l'arbitre amiable compositeur à tenir compte des principes généraux du droit et des pratiques du commerce international ». Et il précise même, dans l'un de ses articles : « la clause d'amiable compositeur peut, dans certains cas, être considérée comme désignant la *lex mercatoria* ».

En tout cas, la *lex mercatoria* est l'un des domaines aux frontières indécises ouvertes à l'amiable compositeur.

Nous savons que l'amiable compositeur peut appliquer les usages, règles de droit qu'il peut tantôt appliquer, tantôt écarter. Nous savons enfin qu'il doit motiver sa sentence. On reviendra sur ce point, parce que ce n'est pas sans importance pour apprécier la nature de l'amiable composition.

En bref, ce que je voudrais saisir, à travers cette introduction, c'est, me semble-t-il, une certaine fragilité de l'apparente barrière entre l'arbitre en droit et l'arbitre en amiable composition. On peut en vérité se demander si tout arbitre en droit ne tire pas vers l'équité et si tout amiable compositeur ne tire pas vers le droit : correction du droit par l'équité, de l'équité par le droit, qui serait finalement le but commun de tout arbitrage.

Avant d'avoir l'honneur de venir vous parler, je me suis permis d'interroger un certain nombre d'arbitres, leur posant cette question : avez-vous vécu de manière différente votre fonction d'arbitre en droit ou d'amiable compositeur, au moins dans l'arbitrage international ? Même source, même fonction, probablement même sentence. La plupart ont observé — mais peut-être certains d'entre vous corrigeront-ils tout à l'heure cette fragile observation — qu'ils ne faisaient guère de différence entre l'une ou l'autre fonction et qu'ils puisaient aux mêmes sources.

Ambiguïté ? Incertitude ? L'amiable composition a-t-elle une fonction de substitution du droit applicable ? Oblige-t-elle à la recherche d'un nouvel ordre juridique ? A-t-elle une simple fonction d'apaisement ? Une fonction de conciliation ? Conduite à la médiation, c'est-à-dire à la recherche d'une solution moyenne au partage ? Ne suggère-t-elle qu'une correction du droit par l'équité, ce qui est le rôle de toute justice ? N'est-elle

qu'une commodité du juge — comme le pensait Motulsky — qui lui donne les coudées plus franches ? Ou ne dit-elle rien du tout ? Il me semble que cette ambiguïté — certains diraient ce flottement de l'amiable composition — se voient d'abord et souvent dans la volonté même des parties. Qu'ont-elles voulu précisément en désignant un amiable compositeur ? Quelle liberté lui ont-elles consentie ? On les perçoit aussi dans la mission de l'arbitre : que peut-il faire et que peut-il ne pas faire ? Et on les aperçoit encore, me semble-t-il, dans la jurisprudence sur l'amiable composition qui n'est ni cohérente ni certaine et qui, sans doute, tâtonne à la recherche de l'amiable composition...

— II —

Un mot seulement parce que cette question risquerait d'être hors débat, des rapports de l'amiable compositeur avec la procédure. Il semble que la plupart des auteurs s'accordent pour admettre qu'il y a identité des pouvoirs procéduraux de l'arbitre en droit et de l'amiable compositeur, que l'amiable compositeur ne dispose pas, dans le domaine de la procédure, de pouvoirs spécifiques. C'est qu'en effet la clause qui dispense d'observer les règles de procédure ou les formalités de procédure a son existence spécifique. Elle peut tout aussi bien bénéficier, et nous en connaissons de très nombreux exemples, à l'arbitre en droit. Pourquoi l'amiable composition comporterait-elle une dispense quelconque des formes de procédure ? Tout au contraire : on pourrait se demander si l'amiable compositeur qui est dispensé, libéré du droit substantiel et qui risque d'être, d'une certaine manière, emporté par l'aventure de l'équité, ne devrait pas être davantage astreint au respect des règles de procédure qui constituent, j'allais dire, les points d'ancrage de l'amiable compositeur.

Le nouveau Code de procédure civile va clairement dans ce sens, rappelant, il est vrai, à propos de l'arbitrage interne, que les principes directeurs du procès, ceux qui concernent l'objet du litige, les faits, les preuves, la contradiction, la défense et la conciliation, sont applicables à tout arbitrage, fût-il un arbitrage en amiable composition.

Étrangement, certaines décisions ont paru admettre que l'amiable compositeur pourrait vivre dans un climat d'atténuation du contradictoire. Mais il semble que ces décisions soient

restées isolées et elles ont été, très généralement, critiquées. Notamment M. Loquin — mais il est loin d'être le seul — affirme que la clause d'amicable composition est impuissante à limiter, de quelque manière que ce soit, le principe de contradiction. Si on a pu, dans certains cas, considérer dans des arbitrages rendus en amiable composition, que le principe de l'oralité des débats pouvait être écarté — ce qui contredit l'opinion de Motulsky rattachant l'oralité aux principes fondamentaux, y voyant même la substance du principe du contradictoire — ce n'est pas pour une raison spécifique à l'amicable composition. L'oralité du débat est-elle irréductiblement liée au principe du contradictoire ? Le problème ne se pose pas différemment, que l'arbitrage soit en droit ou que l'arbitrage soit en amiable composition.

De même, et contrairement à ce que de rares décisions ont admis, il n'apparaît pas que l'amicable composition autorise les arbitres à prendre des libertés avec les principes gouvernant l'objet du litige. Le principe dispositif, l'obligation pour l'arbitre de respecter l'objet du litige, de statuer sur tout ce qui est demandé, et seulement ce qui est demandé, ce sont, nous semble-t-il, des exigences de l'amicable composition, comme des exigences de l'arbitrage en droit : exigences de toute juridiction.

### — III —

Si l'originalité de l'amicable composition n'est pas au plan de la procédure, elle est évidemment au plan du droit. Et je n'ai pas du tout l'intention de reprendre ici — je rassure mon patient auditoire — les longs développements qui ont pu être consacrés au rapport de l'amicable compositeur et du droit. Je voudrais me limiter à quelques remarques, et d'abord observer, si vous le voulez bien, après M. Fouchard, M. Loquin, M. Level et beaucoup d'autres, qu'en réalité la portée de l'éviction de la règle de droit est beaucoup moins importante que, dans l'enthousiasme de l'amicable composition, on pourrait l'imaginer. Nous avons coutume de répéter que l'amicable compositeur est libéré du « droit supplétif » : tous les droits, toutes les règles, auxquels les parties auraient pu renoncer soit au moment de la signature de la clause compromissoire, soit au moment de la signature du compromis, les arbitres amiables compositeurs en seraient libérés.

Mais si l'on dresse le bilan de ces règles de droit supplétives, c'est-à-dire de ces libertés dont a disposé effectivement, dans

l'expérience, l'amiable compositeur, on remarque la pauvreté de ce bilan, au moins au miroir, sans doute déformant, de la jurisprudence : l'article 1145 du Code civil, l'article 1147 du Code civil, l'article 1153 du Code civil, les règles sur la solidarité, les règles sur la compensation, sur la date d'évaluation d'un bien, sur la date de conversion d'une monnaie. On peut imaginer d'autres exemples : mais ce droit supplétif, dont est libéré, s'il le veut, l'amiable compositeur, ne semble pas en pratique couvrir un vaste domaine.

La doctrine enseigne de même que l'amiable compositeur peut également évincer « l'ordre public de protection ». L'exemple fréquemment donné est celui de l'article 2220 du Code civil sur la prescription : on ne peut d'avance renoncer à la prescription. Mais on peut renoncer à la prescription acquise. Ce n'est qu'un exemple. Chaque fois qu'une règle d'ordre public est certainement et uniquement une règle de protection, l'amiable compositeur, dit-on, semble avoir été dispensé de l'appliquer.

Il n'est pas question ici de tenter de délimiter l'ordre public dit de protection. Mais au moins peut-on remarquer la difficulté et le risque qu'il y a pour l'amiable compositeur à séparer cet ordre public dont il est libéré et le noyau dur de l'ordre public, cet ordre public dit d'intérêt général qu'il est tenu d'appliquer. Vieux et difficile problème pour les théoriciens du droit : Comment l'amiable compositeur peut-il décider d'une distinction, tracer les frontières de cet ordre public de protection qu'il est censé pouvoir évincer ?

J'ai relevé un certain nombre de décisions — l'ampleur du sujet m'oblige à ne pas les commenter — qui éclairent, à propos de l'amiable composition, la difficulté qu'il y a, cas par cas, à prétendre maîtriser la distinction entre l'ordre public de protection et cet ordre public dur que l'amiable compositeur ne peut évincer. Nous savons notamment que de nombreuses règles, l'ordre public économique en fournit des exemples, sont protectrices d'un intérêt particulier, mais sont aussi protectrices d'un intérêt général. Car il est normal et fréquent qu'un intérêt particulier soit protégé dans un intérêt général.

J'observe de même qu'il faudrait affiner — ceci a d'ailleurs été tenté — la distinction des lois impératives et des lois d'ordre public. Il n'est pas sûr que toute loi impérative soit d'ordre public, et l'amiable compositeur, s'il est audacieux — mais a-t-il le droit d'être audacieux ? — pourrait rencontrer des règles certes impératives et qui cependant ne seraient pas d'ordre public et pourraient être évincées. Si l'on prend l'exemple du droit de la

vente, domaine très contraignant du droit français, on aperçoit un certain nombre de règles très fermes, évidemment impératives et dont on peu se demander si elles participent de l'ordre public. Les articles 1583, 1591, 1592, 1599, règles impératives, méritent-ils d'être élevés à la dignité de règles d'ordre public ? Et l'amiable compositeur, en arbitrage interne, ne pourrait-il tenir pour valable, par exemple, la vente dont le prix n'est pas déterminé, ou encore la vente de la chose d'autrui ?

Je résumerai cette trop courte et trop longue réflexion sur l'amiable composition et le droit, en remarquant que l'amiable compositeur est mis en présence de difficultés qui tiennent à l'existence d'un certain nombre de cercles concentriques ; au cœur, le petit cercle de l'ordre public international, c'est-à-dire des règles fondamentales que tous les systèmes juridiques protègent ; autour le cercle plus large de l'ordre public dur ; autour encore, et plus vaste, l'ordre public « mou », l'ordre public auquel on peut renoncer, l'ordre public de protection ; autour encore, le droit supplétif. Et il faut avoir franchi tous ces cercles pour se retrouver dans le domaine de l'équité. Nulles frontières qui séparent ces cercles, mais des zones indécises, vagues, et mouvantes. Comment l'amiable compositeur peut-il savoir ou deviner, cas par cas, le droit qu'il doit appliquer et celui dont il est libéré ?

#### — IV —

J'en viens maintenant aux problèmes spécifiques que pose le contrat à l'amiable compositeur. Il me semble que c'est probablement le domaine — et mes prédécesseurs l'ont évoqué tout à l'heure, et fort bien — de flottements, d'hésitations, le plus clairement marqué.

Considérons l'amiable compositeur. A-t-il reçu de la clause d'amiable composition une liberté particulière à l'égard du contrat ?

Il y a au moins deux manières d'aborder le problème. L'une est de dire, avec de nombreux auteurs, que le principe « *pacta sunt servanda* » — obligeant au respect de la loi contractuelle — serait un principe de droit naturel, d'ordre public international, sorte de loi morale commune à toutes les nations civilisées ; et que si l'amiable compositeur commençait à torturer la loi contractuelle, il entrerait dans le domaine interdit de la violation des lois



fondamentales et peut-être dans le domaine, il est vrai sans sanction, de la violation de l'équité. Mais sur ce terrain-là, le débat est sans solution. Le respect du contrat, est-ce une règle essentielle, une loi morale fondamentale, une des lois fondamentales sur lesquelles est construite notre civilisation, en tout cas notre société de marchands ? Ou n'est-ce qu'une loi contingente, qui aurait appartenu à un moment de l'histoire des civilisations ? Le problème est sans doute ailleurs. Il est, non pas du côté de l'arbitre, mais du côté des parties. Les parties peuvent toujours renoncer aux droits qu'elles tirent d'un contrat. Le problème est de savoir si la clause d'amiable composition peut s'interpréter comme comportant une renonciation à se prévaloir d'une sanction stricte des droits nés du contrat.

En bref, lorsque deux personnes signent une clause compromissoire ou un compromis qui donne à l'arbitre pouvoir d'amiable composition, pouvons-nous être assurés que par cette clause entendue généralement comme une clause d'éviction du droit, elles ont aussi voulu donner aux arbitres une liberté particulière dans le domaine du contrat ?

Nous savons que la renonciation, en général, renonciation au droit, ou renonciation au contrat, ne peut résulter que d'une volonté abdicative non équivoque, certaine, et qui ne souffre nulle discussion.

La clause d'amiable composition est sans doute une renonciation sans équivoque au droit. Est-elle une renonciation sans équivoque au respect strict du contrat ? On ne voit pas comment on pourrait, sans forcer ou présumer la volonté des parties, prétendre que la clause compromissoire libérerait l'arbitre de la volonté contractuelle. Je me permets même de présenter la même observation que celle faite tout à l'heure concernant la procédure : ne pourrait-on pas se demander au contraire si l'amiable composition n'impliquerait pas, dans l'aventure du non-droit, un respect spécialement scrupuleux du contrat ? D'abord parce que l'amiable composition est probablement vécue comme une exaltation de la volonté, et de la bonne volonté contractuelle. Ensuite, parce que l'amiable compositeur, qui pourrait s'égarer dans les champs incertains de l'équité, devrait, après tout, avoir le contrat pour seule lumière, éclairant la nuit du non-droit. Problème théorique ? Mais à observer la jurisprudence, à lire la doctrine, on s'aperçoit qu'il n'est guère commode de le trancher, et qu'il est peut-être préférable de le contourner. Les décisions jurisprudentielles rendues sur les rapports de l'amiable compositeur et du contrat traduisent le plus souvent

une véritable incertitude sur la solution de ce problème théorique : quelle liberté les parties ont-elles consenti à l'amiable compositeur quant au contrat ? On s'accorde généralement à reconnaître, l'expression est reprise par d'excellents auteurs « le pouvoir modérateur » de l'arbitre amiable compositeur. Le mot même traduit l'embarras théorique. On dit que l'amiable compositeur peut tempérer les conséquences du contrat. Et quand on regarde quel est le contenu de ce pouvoir modérateur, pouvoir de tempérer, pouvoir de réduire plus que d'augmenter, on mesure son incertitude.

Regardons la jurisprudence. L'arbitre amiable compositeur peut réduire des pénalités contractuelles, mais l'arbitre en droit le peut aussi. L'amiable compositeur peut réduire ou partager des intérêts. L'amiable compositeur, a admis la Cour de Paris dans l'arrêt *Krebs*, peut réduire le solde dû sur un minimum garanti, réduire le montant d'une créance contractuelle : ceci est plus audacieux...

On peut généralement observer que ce pouvoir de l'amiable compositeur, sur le contrat, consiste à atténuer, à limiter des effets excessifs, à empêcher des injustices criantes, donc à tenir partiellement en échec des clauses contractuelles trop rigoureuses, notamment des clauses trop dures sur le paiement des prix.

Mais au-delà de ce timide pouvoir « modérateur » où l'équité ne fait qu'atténuer l'injustice contractuelle, l'amiable compositeur peut-il aller plus loin, et écarter résolument une disposition contractuelle ? Peut-il, par exemple, exclure la définition de la force majeure que les parties auraient donnée pour y substituer une autre définition ? Peut-il transformer les conséquences de la force majeure que souvent les parties ont contractuellement prévue ? Peut-il prévoir d'autres délais d'exécution que les délais d'exécution qui ont été contractuellement stipulés ? Peut-il modifier les prestations réciproques ? Peut-il transformer les prestations en nature en prestations en argent ? Il ne semble pas que les quelques décisions de jurisprudence dont nous disposons nous autorisent à dire que l'amiable compositeur aurait une véritable liberté de transformer le contrat.

Peut-il, au moins, corriger les effets d'un contrat, au nom de l'équité et l'adapter, dans sa durée, à l'évolution des circonstances économiques ? C'est l'hypothèse qui a été abordée tout à l'heure. L'amiable compositeur peut-il faire ce que réalise la clause de *hardship* ? M. Mezger a remarqué dans un excellent article qu'après tout l'amiable composition pourrait être l'instru-

ment idéal de la théorie de l'imprévision et que ce pourrait être la meilleure utilité de l'amiable composition. Mais nous voici revenus à l'équivoque sur la fonction même de l'amiable composition. M. Jean Robert estime qu'il n'existe aucun fondement au droit que s'arrogerait ainsi l'amiable compositeur de modifier, de réviser, voire de bouleverser le contrat, pour tenir compte de la modification des circonstances économiques. M. Loquin fait une distinction plus compliquée. M. Loquin admet l'hypothèse où la révision serait possible parce qu'elle serait conforme à l'esprit du contrat, parce qu'elle consisterait à maintenir l'équilibre originel du contrat, en bref parce qu'elle ne témoignerait pas d'un acharnement thérapeutique : acharnement thérapeutique qui consisterait, pour l'arbitre, amiable compositeur, à vouloir faire vivre à tout prix un contrat déjà mort. Mais cette thèse oblige, de manière compliquée, à distinguer entre les cas où la révision serait conforme à l'esprit du contrat, à une prévision vraisemblable des parties, et les cas où la révision serait un sorte d'adaptation forcée réalisée par l'amiable compositeur non seulement contre la lettre du contrat, mais contre l'esprit même du contrat, moyen d'assurer à tout prix la survie d'un contrat que les parties n'avaient pas raisonnablement prévue.

L'arrêt *Krebs* rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 16 juin 1976 autorise-t-il à dire que la jurisprudence dominante refuse à l'arbitre amiable compositeur le pouvoir de réviser le contrat ? Il faut être prudent et observer que la jurisprudence est rare, et souvent difficile à interpréter. Nous devons par exemple observer qu'une sentence rendue en 1981, que M. Derains a excellemment commentée, n'est pas déterminante. Car si le juge a refusé la révision du contrat, c'est aussi parce qu'elle n'avait pas été demandée, et que le problème posé était celui de l'objet du litige.

Il me semble cependant que l'on ne trahit pas la jurisprudence arbitrale et non plus les décisions des Cours d'appel et de la Cour de cassation en remarquant une véritable répugnance à admettre que l'amiable compositeur puisse réellement réviser le contrat.

Et j'observerai, ce qui est presque un paradoxe, que finalement l'arbitre en droit, quand il peut appliquer la *lex mercatoria*, est peut-être plus solidement armé pour réviser le contrat qu'un amiable compositeur, puisqu'on a pu trouver dans la *lex mercatoria* un certain nombre de principes ouvrant vers la révision, telle l'obligation de renégocier le contrat de bonne foi que M. Goldman a située dans la *lex mercatoria*, telle l'obligation de minimiser les pertes que M. Goldman a également isolée. De

sorte que la *lex mercatoria* serait peut-être plus riche en virtualité que la simple amiable composition.

\*  
\*\*

Telles sont les questions que l'on peut poser, dont beaucoup ne trouvent pas de réponse précise. Et je voudrais en guise de conclusion présenter deux ou trois observations, elles aussi en forme de questions.

La première, c'est que l'arbitre, surtout s'il est un juriste, est toujours tenté de tenir le droit pour l'expression d'une équité collective : équité qui serait finalement préférable à une équité éclatée. Il y a probablement chez tout juriste — il faudrait y réfléchir, car ce pourrait être une des limites de l'amiable composition — une résistance de la mentalité, un état d'esprit qui cherche dans la règle de droit la meilleure expression de l'équité, au risque même de tordre la règle de droit en l'interprétant pour la soumettre à l'équité. Mais c'est encore l'appliquer que de la tordre ! Je veux dire : c'est encore être avec elle.

Il faudrait interroger les juges sur les rares hypothèses où ils statuent par application de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile. Il serait intéressant de demander aux juges, juristes par formation, généralement contraints d'appliquer la règle de droit, ce qu'ils font ou ce qu'ils feraient, s'ils étaient autorisés par les parties à se soustraire à la règle de droit pour entrer dans l'aventure de l'amiable composition. L'amiable composition n'est-elle pas alors vécue comme une commodité du juriste, une sécurité reconfortante, mais non point comme une transformation de sa mission ?

Or, il est peu probable qu'il y ait ici une vraie différence entre le juge et l'arbitre. Je veux dire que l'arbitre enfermé dans un droit étatique désigné, ou enfermé dans le droit qu'il estime approprié, selon l'expression qu'emploie maintenant notre code, ou même enfermé dans le domaine incertain de la *lex mercatoria*, cet arbitre a mille recettes pour s'évader du droit. Et je n'ai jamais vu que l'arbitre en droit, spécialement dans le domaine de l'arbitrage international, fût gêné par l'application des règles de droit ou des principes généraux du droit, au point qu'il souffrît de ne pouvoir donner satisfaction à l'équité, qu'il eût la nostalgie de l'amiable composition.

A l'inverse, l'arbitre livré à l'équité, c'est-à-dire l'amiable compositeur, semble — et vous me direz si je me trompe — chercher spontanément dans le droit, ou dans un droit quelcon-

que, ou dans les principes généraux du droit, ou dans les usages du commerce — ou pourquoi pas dans la *lex mercatoria* — un support, une racine à son sentiment du juste. De telle sorte qu'il y aurait chez tout arbitre en droit un amiable compositeur dissimulé. Et chez tout amiable compositeur un arbitre en droit qui chercherait à confondre le droit et l'équité.

L'arbitre en droit s'interroge : où est l'équité qui justifie et qui fonde la règle de droit ? L'arbitre en équité s'interroge : où est la norme qui conforte mon sentiment d'équité ? De telle sorte qu'il n'est pas impossible que, finalement, l'arbitre cherche, dans tous les cas, sa décision dans un champ sans frontière qu'habitent à la fois le droit et l'équité.