

DROIT & PATRIMOINE

LE MENSUEL
DE TOUS
LES PRATICIENS
DU DROIT

N°272 • septembre 2017

DOSSIER

Arbitrage et professions libérales



ÉCLAIRAGE

Assemblée Nationale

Une rentrée mouvementée pour les nouveaux députés

ANALYSE

Sociétés pluri-professionnelles d'exercice

À la découverte de leur statut juridique

DOSSIER

ARBITRAGE ET PROFESSIONS LIBÉRALES

Aspects historiques de l'arbitrage des professions libérales

PAR CARINE JALLAMION, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER..... 38

Arbitrage et professions de santé

PAR FRANÇOIS VIALLA, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS, DIRECTEUR DU CENTRE EUROPÉEN D'ÉTUDES ET DE RECHERCHE DROIT&SANTÉ, UMR5915 UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER..... 43

Originalité de l'arbitrage liée aux questions entrepreneuriales

PAR JEAN-PIERRE VIENNOIS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON, AVOCAT AU BARREAU DE LYON..... 47

Appréciation de l'arbitrage en matière de sociétés libérales

PAR PIERRE MOUSSERON, AGRÉGÉ DES UNIVERSITÉS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER..... 52

L'originalité de l'arbitrage liée aux ordres professionnels

PAR JEAN-BAPTISTE RACINE, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ NICE SOPHIA ANTIPOLIS..... 57

Pour un renouveau des usages de la profession d'avocat

PAR KEVIN MAGNIER-MERRAN, MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE LORRAINE..... 62

Arbitrage et professions libérales : propos conclusifs

PAR CYRIL NOURISSAT, PROFESSEUR AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT, DIRECTEUR DU CREDIP (EDIEC - EA 4185), UNIVERSITÉ DE LYON..... 67

Dans le sillage de la loi Macron du 6 août 2015, les professions libérales connaissent des évolutions importantes : constitution de groupes pluri-professionnels, création de sociétés pluri-professionnelles d'exercice, fixation d'âges de départ à la retraite impératifs... Dans un contexte marqué également par une internationalisation et une commercialisation croissante des activités libérales, ces changements vont inévitablement susciter des différends nouveaux entre professionnels. Ceux-ci pourront toujours relever des institutions ordinales et judiciaires. Toutefois, ils offrent surtout de nouvelles opportunités pour l'arbitrage qui pourra apparaître comme un mode de règlement plus efficace.

L'encadrement des professions libérales soumet toutefois le règlement arbitral des différends entre professionnels libéraux à des difficultés originales : Comment concilier les interventions des autorités ordinales, judiciaires et arbitrales ? Quelles règles les arbitres devront-ils appliquer ? Faudra-t-il préférer un arbitrage dépendant des ordres professionnels

ou détaché de ceux-ci ? Quelle portée conviendra-t-il d'attacher à l'ordre public en matière libérale ?

À l'occasion de la constitution du Centre de Conciliation et d'Arbitrage des Professions Libérales (CCAPL), les soussignés ont invité une historienne du Droit, des spécialistes du Droit des professions libérales et de l'arbitrage à examiner cette situation nouvelle.

Leurs interventions invitent notamment à introduire des clauses compromissoires adaptées au multipartisme et à prendre en compte dans les sentences certains particularismes professionnels notamment en matière d'évaluation. Au final, ce sont ainsi les outils classiques que sont les contrats et les usages qui sont à nouveaux sollicités pour permettre aux professions libérales de conserver leur particularisme tout en s'adaptant.

Pierre Mousseron

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

et

Jean-Pierre Viennois

Professeur à la Faculté de Droit de Lyon
Avocat au Barreau de Lyon

ASPECTS HISTORIQUES DE L'ARBITRAGE DES PROFESSIONS LIBÉRALES (1)

DEPUIS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS, LES PROFESSIONS LIBÉRALES ET PARTICULIÈREMENT LES AVOCATS ONT TOUJOURS ÉTÉ AU CŒUR DE L'ARBITRAGE, TANT LES QUALITÉS EXIGÉES DE L'ARBITRE AINSI QUE L'EXIGENCE D'UNE COMPÉTENCE TECHNIQUE LES DÉSIGNENT NATURELLEMENT.



PAR CARINE JALLAMION,
PROFESSEUR À LA
FACULTÉ DE DROIT DE
MONTPELLIER

En France et au moins depuis l'époque moderne, l'histoire de l'arbitrage est étroitement associée à celle des professions libérales. Ce sont alors en effet souvent des avocats, plus rarement des notaires, qui sont choisis comme arbitres. Pourtant, le fait pour les parties de désigner des hommes qui maîtrisent la science du droit ne va pas nécessairement de soi, dans la mesure où l'arbitrage est une voie de règlement des litiges qui permet aussi de s'écarter du droit, lorsque l'arbitre est amiable compositeur. L'examen des actes de la pratique révèle cependant que même dans ce cas, les parties préférèrent choisir des juristes.

L'on peut dès lors s'interroger sur les raisons de cette place prépondérante qui est celle des professions libérales dans l'arbitrage et dépassant leur seule histoire. Cette question se révèle aussi au cœur de l'histoire de

l'arbitrage, d'abord parce que la préférence des parties pour les avocats notamment illustre l'intérêt que revêt l'arbitrage, permettant à un tiers de trancher le litige de manière souveraine. Pour cela, outre la force obligatoire du contrat, il est nécessaire qu'en pratique la sentence de l'arbitre s'impose et pour y parvenir, il apparaît indispensable que l'arbitre présente certaines qualités morales et intellectuelles, qualités héritées du droit romain et que sans doute les professions libérales et particulièrement les avocats présentent plus que d'autres (1). La présence des professions libérales révèle ensuite à quel point la bonne connaissance du droit est essentielle au règlement du différend opposant les parties, même lorsque l'arbitre préfère finalement l'équité. C'est ce qui explique pourquoi les parties se sont toujours tournées vers des juristes, y compris lorsque le législateur tentait d'imposer des arbitres qui ne le soient pas (II).

I - DES QUALITÉS EXIGÉES DE L'ARBITRE QUI DÉSIGNENT LES PROFESSIONS LIBÉRALES

Pour comprendre les qualités qui doivent être celles d'un arbitre, il

nous faut remonter au droit romain qui connaissait différentes figures d'arbitre. La plus ancienne source écrite que nous connaissons pour le droit romain, soit la loi des XII Tables qui date du v^e siècle avant notre ère, mentionne ainsi déjà un arbitre. Celui-ci intervenait dans les procès se déroulant devant la justice publique. Il était désigné par le magistrat lors de la première phase du procès et il se voyait confier une mission d'évaluation, devant estimer les conséquences de l'inexécution d'une obligation tout en disposant d'un pouvoir souverain d'évaluation, à la différence du juge (2). Bien que ne ressemblant que très peu à notre arbitre actuel, cet arbitre nous révèle tout de même une première qualité générale que doit avoir l'arbitre : une

NOTES

- (1) Cette publication reprend les termes de la communication présentée le 4 juillet 2017 dans le cadre du colloque consacré à l'arbitrage et aux professions libérales.
(2) B. de Loynes de Fumichon et M. Humbert, « L'arbitrage à Rome », *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 2, p. 287 et s.

compétence technique dans un domaine particulier, rendant son appréciation nécessaire afin de pouvoir terminer la contestation.

Cet arbitre s'est longtemps maintenu en droit romain, même à l'époque classique lorsqu'il s'est agi de procéder à des opérations de partage de biens. Il s'agissait alors pour lui de « mesurer » les biens fonds, d'« établir leurs rendements respectifs, et (de) les scinder sans que la productivité de chacun ne soit pas trop affectée par leur exploitation à l'avenir indépendante de l'autre » (3). On le vit encore intervenir afin de procéder à des opérations de bornage des terres ou lorsqu'il fallut évaluer les dommages causés par des travaux ayant modifié l'écoulement des eaux de pluie. L'arbitre avait alors une double fonction d'estimation et de liquidation, lesquelles nous révèlent une deuxième qualité nécessaire : le fait de disposer d'une grande liberté d'appréciation afin de pouvoir trancher en opportunité.

De cet arbitre dérive le mot « arbitrium », l'arbitraire, qui désigne le pouvoir d'apprécier souverainement (4), et l'on trouve donc aussi ce terme d'arbitre pour désigner l'arbitre tel que nous le connaissons, celui à qui les parties confient le pouvoir de trancher souverainement la contestation qui les oppose (5). À la différence du précédent, son investiture est privée et non publique, mais malgré cette différence essentielle, l'arbitre est ainsi toujours celui qui dans des situations variées jouit du pouvoir d'énoncer une solution définitive, irrévocable. Il est alors, et c'est la troisième qualité générale attendue de lui, une autorité investie du pouvoir d'exprimer une solution souveraine sur une question litigieuse ou controversée. Cette autorité lui vient à la fois de son investiture mais aussi de sa compétence et sans doute de sa qualité d'homme de bien, de *bonus vir* en droit romain (6).

La compétence technique, la liberté, l'autorité sont donc des caractéristiques générales communes aux différentes figures de l'arbitre. Il existe encore des caractéristiques plus propres cette fois à l'arbitre *ex com-*

promisso, l'arbitre tel que nous l'entendons aujourd'hui. L'arbitrage comme mode de règlement des différends est apparu en droit romain lorsque le commerce s'est développé, particulièrement le commerce avec les étrangers. Il visait alors à permettre le règlement des conflits d'une manière plus souple que dans la procédure ordinaire et par des voies différentes, des valeurs plus universelles que le droit comme l'équité selon Aristote et Cicéron ou l'humanité et la miséricorde selon Sénèque (7). Un tel arbitre doit donc être animé d'un certain sens, au moins moral, de la justice, telle est la première qualité particulière que l'on exige de lui.

Le *Digeste* nous renseigne également sur les individus qui ne pouvaient être choisis comme arbitres, ce qui révèle en creux les autres qualités exigées de l'arbitre. Ainsi, l'on ne pouvait choisir comme arbitre un consul ou préteur, soit un magistrat romain s'il était en fonction « car alors (la partie qui l'a désigné) n'aurait plus d'autorité sur lui » (8). Il fallait donc que l'arbitre puisse se soumettre au pacte passé entre les parties et lui-même, le *receptum arbitrii*. Pour cela, il ne devait pas au moment de l'arbitrage exercer une charge publique, laquelle aurait pu le conduire à obéir à des ordres supérieurs. La liberté associée à la disponibilité est ainsi la deuxième qualité spéciale exigée de lui.

Il faut enfin que l'arbitre montre une certaine impartialité à l'égard des parties, pour employer un terme contemporain. Ainsi, le *Digeste* précise que celui déjà saisi de la cause comme juge ne pouvait en devenir l'arbitre (9). Par ailleurs, l'arbitre ne devait pas se laisser corrompre ni se laisser déshonorer (10). Aussi doit-il être, dans la mission qu'il exerce, indépendant à l'égard des parties afin de pouvoir trancher le litige existant entre elles : telle est la troisième qualité spéciale exigée de lui.

Animés d'un sens de la justice, non soumis à une charge publique, capables de faire preuve d'indépendance dans la conduite d'une affaire comme le ferait un juge, de telles exigences découvertes au Moyen

Âge (11) font que les arbitres seront naturellement des juristes, et le plus souvent encore, des avocats.

Dans l'Ancien droit, les avocats s'organisèrent en effet en profession « libérale ». Cet adjectif « libéral », avant de s'appliquer à certaines professions, caractérisait d'abord des activités à la fois intellectuelles et associées à la liberté. Les deux allaient de pair comme dans les arts libéraux enseignés au Moyen Âge, soit la grammaire, la rhétorique, la dialectique, d'une part – le *trivium* –, et l'arithmétique, la géométrie, la musique, l'astronomie, d'autre part – le *quadrivium*. Il s'agissait là d'autant d'arts, disciplines intellectuelles réservées aux hommes libres et qui s'opposent aux arts mécaniques (12), serviles, pratiqués par les esclaves puis les travailleurs manuels.

De la même manière, sous l'Ancien droit, les avocats formèrent des associations de personnes libres, des communautés que l'on appela progressivement des ordres, des professions libérales à partir du XVI^e siècle. Ces professions assurèrent elles-mêmes la discipline en

NOTES

- (3) *Ibid.*, p. 304.
(4) *Ibid.*, p. 288-289.
(5) Voir Digeste IV, VIII, *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*.
(6) Voir E. Giannozzi, *Le bonus vir en droit romain*, Thèse Droit Paris, 2015, 662 p., sp. p. 93 et s.
(7) B. de Loynes de Fumichon et M. Humbert, « L'arbitrage à Rome », *op. cit.*, p. 323 et s.
(8) Digeste IV, VIII, 3, 3.
(9) Digeste IV, VIII, 9, 2.
(10) Digeste IV, VIII, 9, 3.
(11) Sur la renaissance du droit romain au Moyen Âge, voir Cf. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 137, n° 78 et s.
(12) Ils sont également au nombre de sept : la fabrication de la laine, l'armement, la navigation, l'agriculture, la chasse, la médecine et le théâtre. Voir M. Lemoine, v° « Arts libéraux », *Dictionnaire du Moyen Âge*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, p. 95 ; et R. Imbach, v° « Arts mécaniques », *Ibid.*, p. 96.

leur sein, sous l'autorité d'un chef élu, le bâtonnier, qui veillait au respect des règles de la déontologie et qui établissait chaque année avec quelques anciens la liste de ceux qui étaient admis à exercer, selon l'ordre d'ancienneté. Les avocats se choisissaient donc eux-mêmes et n'étaient pas choisis par le pouvoir. Ils assurèrent également eux-mêmes leur propre justice disciplinaire (13). Dotés d'une telle organisation, les avocats comme d'autres purent défendre leur liberté et leur indépendance, et ce sont encore les traits essentiels que cite le *Vocabulaire juridique Cornu* à propos de l'adjectif « libéral », qui sert à caractériser « certaines professions d'ordre intellectuel, en raison de l'indépendance qu'exige leur exercice » (14).

Il y a dès lors une correspondance entre les qualités exigées de l'arbitre depuis le droit romain, soit la compétence, la liberté, l'autorité, le sens moral de la justice, le fait de ne pas être soumis à une charge publique, l'indépendance, et les traits revendiqués par les professions libérales. Cette correspondance va faire que ceux qui exercent des professions libérales – avocats, avoués, notaires plus rarement – seront naturellement choisis comme arbitres. Leur présence dans les arbitrages relève d'un trait persistant au fil des siècles et il révèle alors une autre caractéristique essentielle: l'importance de la bonne connaissance du droit quand il s'agit de terminer un litige.

II - LA NÉCESSITÉ D'UN SAVOIR QUI DÉSIGNE LES JURISTES

En France, à partir de l'époque moderne, les sentences arbitrales enregistrées chez le notaire puis déposées au greffe des juridictions nous renseignent sur la qualité des arbitres choisis par les parties. L'on apprend alors que ces arbitres étaient le plus souvent des juristes et particulièrement des avocats (15).

C'était un usage si répandu que la doctrine s'en fit l'écho. Alors que

le droit romain ne permettait pas au mineur d'être choisi comme arbitre, en droit français, certains auteurs firent remarquer qu'il était possible de désigner un arbitre mineur, s'il exerçait une profession couvrant le vice de minorité, et Claude de Ferrière dans *La science parfaite des notaires* de citer la profession d'avocat en exemple (16). Par ailleurs, dans les formules de compromis présentées par l'auteur, des avocats au Parlement de Paris étaient choisis comme arbitres (17).

Cette présence nombreuse des avocats et avoués n'a pourtant rien d'évident, car, en 1560, l'édit de Fontainebleau, inspiré par Michel de L'Hospital, décida d'un arbitrage obligatoire notamment entre membres d'une même famille. Les arbitres devaient alors être « de bons et notables personnages jusques à trois parents, amis, ou voisins ». Le législateur expliqua le sens de cette obligation: les différends qui leur sont confiés étaient « chose plus de fait que de droit » et, de plus, leur présence devait permettre d'« entretenir paix et amitié entre proches » (18). De telles dispositions furent en partie reprises au début de la Révolution par la loi des 16 au 24 août 1790 portant réforme de la justice. Celle-ci prévoit, pour le règlement des

conflits entre parents mais aussi entre époux, l'institution de tribunaux de famille obligatoirement composés de « parents, voisins ou amis » (19). La disposition fut adoptée dans l'enthousiasme malgré la critique de Robespierre, qui n'y voyait pas là la garantie d'une justice impartiale (20).

L'on s'aperçut cependant qu'en pratique ces prescriptions n'étaient guère respectées, du moins en matière civile, car les parties y faisaient systématiquement appel à des juristes. Dans environ un tiers des compromis, des avocats furent désignés; pour le deuxième tiers, il s'agissait de procureurs ayant alors la charge de la procédure écrite (21); pour le dernier tiers, enfin, des magistrats furent choisis, et particulièrement à Montpellier, où officierent des conseillers à la prestigieuse cour des aides et finances de la ville. L'on trouvait également quelques notaires, les moins nombreux. Pendant la Révolution française, des « hommes de loi », « avoués », « praticiens au palais » furent désignés. Les mêmes arbitres furent fréquemment choisis, parmi eux Jean-Edmond Serres, avocat et fils de Claude Serres, qui fut professeur de droit français à la faculté de droit de Montpellier (22).

les Avocats ou autres Particuliers exercent en vertu du pouvoir qui leur est donné par les Parties de décider leurs contestations », C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° Arbitrage, Paris, 1754, t. I, p. 113. (18) Édit d'août 1560 sur les différends entre marchands, partages et comptes de tutelle, Fontainebleau, François II, Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises, tome XIV, p. 51. (19) Loi des 16 au 24 août 1790, Titre X, Duvergier, Collection complète des lois, t. I, p. 310 et s. (20) Archives parlementaires de 1787 à 1860, sous la dir. de J. Mavidal et E. Laurent, 5 août 1790, 1^{re} série, XVII, 621. (21) On les appellera plus tard des avoués. (22) C. Jallamion, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 240 et s.

NOTES

(13) Voir J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, PUF, Coll. Droit fondamental, 4^e éd., 2010, p. 140 et s., n° 71 et s. (14) G. Cornu, v° « Libéral », *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, p. 606. (15) Voir C. Jallamion, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, Thèse Droit Montpellier, 2004, p. 38 et s. (16) C.-J. de Ferrière écrit que « les Mineurs peuvent être Arbitres, pourvu qu'ils soient dans un âge auquel ils puissent être reçus Avocats », *La science parfaite des notaires*, Paris, 1741, t. II, p. 398. (17) *Ibid.*, t. II, p. 403. Voir aussi la définition de l'arbitrage qui figure au *Dictionnaire de droit et de pratique*: « une espèce de Jurisdiction que

Ces juristes étaient clairement choisis pour leur compétence technique. Les parties avaient en effet recours à l'arbitrage pour des litiges particuliers qui réclamaient certaines connaissances, notamment en matière de liquidation de succession et de comptes de tutelle. Il semblerait qu'à Montpellier, au XVIII^e siècle, certains avocats maîtrisaient mieux la technique de tels partages que les notaires, d'où le fait qu'ils furent souvent choisis (23). Cette compétence technique fut toujours nécessaire pendant la Révolution française, notamment lorsque les arbitres devaient être obligatoirement choisis pour le partage des biens communaux (L. 10 juin 1793 (24)) ou pour le partage égalitaire et rétroactif des successions (L. 12 brumaire et 17 nivôse an II (25)).

Il fallait aussi que les arbitres aient pour habitude de jouer un rôle de conseil. Dans les arbitrages de l'Ancien droit comme dans les arbitrages révolutionnaires, l'arbitre intervenait pour tenter de rapprocher les parties. Parfois il leur soumettait son projet de sentence et le modifiait en fonction de leurs remarques. L'arbitre conseillait, réconciliait autant qu'il tranchait et une telle mission réclamait là encore une certaine compétence que possédaient les juristes. Il fallait enfin, et c'était essentiel pour les parties, que les arbitres aient une connaissance de la procédure. En effet, dans l'Ancien droit français, le Parlement de Paris avait fait admettre, depuis le XIV^e siècle, que l'appel était de droit contre une sentence arbitrale, afin de soumettre l'arbitrage au contrôle étroit de la justice étatique. Or les parties cherchèrent à échapper à cette voie de recours, et pour cela, elles s'entendirent généralement avec le notaire et les arbitres afin de contourner l'appel obligatoire, notamment en faisant qualifier les sentences de transactions (26), les parties tenant à bénéficier d'un règlement extrajudiciaire de leur différend et en dernier ressort.

Les besoins de la pratique firent ainsi que, naturellement, les professions libérales furent choisies dans le cadre des arbitrages. Les auteurs

ne manquèrent pas de souligner les problèmes d'indépendance à l'égard des parties que posait cependant le choix d'un avocat. Domat, par exemple, souligna qu'« il arrive souvent que dans les compromis chaque partie nomme son arbitre, et le considère moins comme son juge que comme son avocat, engagé à la défense de ses intérêts » (27). Au XVIII^e siècle, l'avocat Prost de Royer le regretta, déplorant que « trop souvent (...) l'arbitre se croit en droit de juger comme bon lui semble; trop souvent il oublie que celui qui l'a choisi ne l'a pas constitué son défenseur mais son juge » (28).

Après la Révolution et à partir du Code de procédure civile de 1806, les professions libérales – les juristes de manière générale – devinrent moins nombreuses dans les quelques arbitrages qui avaient encore lieu. À leur place, on vit plus souvent choisis des hommes disposant de compétences techniques mais qui n'étaient pas liés au droit, tels que des architectes, des géomètres, des maçons, etc. L'arbitrage sembla alors devenir davantage technique, revenant à estimer des malfaçons, ou des dommages causés par des travaux. Les besoins de la pratique n'étaient alors plus les

mêmes et ce n'est plus pour les mêmes litiges que les parties eurent recours à l'arbitrage (29).

Cette évolution s'explique par la rupture que constitua la codification. Napoléon ordonna en effet cette immense entreprise censée contenir tout le droit et le meilleur possible. Il ordonna encore la réforme de la justice, désormais réorganisée, hiérarchisée et tout entière soumise à sa puissance: à ces conditions elle devint elle aussi la meilleure possible, et contre le meilleur droit, contre la meilleure justice, l'arbitrage ne pouvait plus être grand-chose. Napoléon, après que sa suppression eut été un temps évoquée, le maintint finalement dans le Code de procédure civile où il prit place au dernier livre, tout en le soumettant à des règles assurant la supériorité de la justice (30).

Ainsi notamment les arbitres devaient-ils se déterminer suivant le droit (31), ils devaient adopter les règles de procédure suivies par les tribunaux (32), l'appel contre les sentences était par principe ouvert, etc. Tout se passait comme si l'arbitrage ne justifiait plus son existence qu'en empruntant les traits de la justice publique. On peut alors pen-

NOTES

(23) *Ibid.*, p. 50 et s. (24) Décret des 10 au 11 juin 1793, Section I, Article 1^{er}, Duvergier, Collection..., op. cit., t. V, p. 325. (25) Loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) sur les droits des enfants nés hors mariage, Duvergier, Collection..., op. cit., t. VI, p. 269; Décret des 17-21 nivôse an II (6-10 janvier 1794), relatif aux donations et successions, Duvergier, Collection..., op. cit., t. VI, p. 373. (26) Voir C. Jallamion, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gazette du Palais*, 17 janvier 2009, n° 17, p. 3 et s. (27) J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol., Paris, 1777, t. II, Livre II, Des arbitres, Titre VII, Section II, § 2, p. 271. (28) Prost de Royer et Rioltz, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, v° Arbitre, t. VI, p. 52.

(29) C. Jallamion, *L'arbitrage en matière civile du XVIII^e au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 440 et s. (30) C. Jallamion et Th. Clay, « Arbitrage et justice étatique, hier et aujourd'hui », *Itinéraires d'Histoire de la procédure civile*, t. I, Regards français, sous la dir. de L. Cadet, S. Dauchy et J.-L. Halpérin, Bibliothèque de l'Institut de Recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc, Tome 51, IRJS éd., 2014, p. 185, 202 et 214 et s. (31) Article 1019 du Code de procédure civile de 1806: « Les arbitres et tiers arbitres décideront d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs ». (32) Art. 1009 du Code de procédure civile: « Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues ».

ser que les litiges traditionnellement soumis aux arbitres depuis l'Ancien droit revenaient à d'autres : aux notaires, qui étaient de plus en plus compétents, aux magistrats, qui rendaient une justice gratuite, etc. Les arbitrages, en effet, se raréfiaient.

Cette politique était d'autant plus efficace qu'elle fut relayée par les juges qui, par l'arrêt « Prunier » du 10 juillet 1843, déclarèrent la clause compromissoire nulle quand elle ne précisait pas l'objet du litige ni le nom des arbitres, conditions posées pour le compromis par l'article 1006 du Code de procédure civile (33). Dans cette affaire célèbre, la clause était contenue dans un contrat d'assurance que l'assuré n'avait pas négocié et qu'il avait signé sans en mesurer la portée. Une fois le litige né, il avait préféré saisir la justice étatique alors que la compagnie d'assurance avait opposé son incompetence au profit de l'arbitrage. Pour annuler la clause, il suffisait alors sans doute de l'interdire dans les contrats d'assurance et tous ceux du même genre, mais la Cour de cassation, présidée par Portalis fils, voulut plutôt formuler une solution générale. Au stade de la clause, soit avant la naissance du litige, il s'agissait pourtant de conditions particulièrement difficiles à respecter. On peut alors suspecter la Cour d'avoir surtout voulu empêcher la stipulation de la clause, afin de tarir le cours des arbitrages.

Une autre affaire concernant la profession d'avoué le confirma. Après l'arrêt « Prunier », en effet, la pratique s'adapta aux exigences de la Cour de cassation. Ainsi, en 1846, un contrat de cession d'un office d'avoué avait été passé, contenant une clause prenant le soin de désigner les arbitres : « la chambre des avoués près le tribunal de première

instance de la Seine, telle qu'elle se trouvera composée à l'époque où s'élèveraient les contestations » ; et l'objet du litige : « toutes les contestations s'élevant sur l'exécution du contrat ». Il s'agissait d'une clause usuelle, comme le souligna le procureur général en 1850, lorsque la Cour de cassation en fut saisie. Mais malgré son degré de précision, le procureur refusa sa validité au motif qu'elle ne contenait « aucun nom » et que l'on « ne peut pas compromettre ainsi sur toute espèce de contestation » (34), alors même que la jurisprudence admet un tel degré de généralité dans les compromis (35). La Chambre civile de la Cour de cassation, une nouvelle fois présidée par Portalis fils, le suivit dans ses réquisitions (36).

Ainsi, l'argument de l'article 1006 était bien de pur texte comme l'on s'en doutait. Déjà qu'il était bien difficile à une clause stipulée avant la naissance du litige de satisfaire aux conditions posées, même lorsqu'elle s'y efforçait, elle ne fut plus jugée valide après 1843. D'ailleurs, dans un arrêt rendu en 1860, la Cour de cassation admit que les exigences imposées par l'arrêt « Prunier » étaient impossibles, affirmant, à propos d'une clause contenue dans une police d'assurance, « qu'au moment de la rédaction de la police (...), les parties ne peuvent préciser l'objet d'une contestation qui n'est pas née, ni choisir des arbitres dont l'aptitude spéciale puisse offrir les garanties d'une bonne justice » (37). Les effets d'une telle jurisprudence furent en tout cas redoutables : la clause fut ainsi déclarée nulle dans les contrats civils comme dans les contrats commerciaux la contenant. En matière commerciale, demeurait un arbitrage forcé entre associés mais celui-ci fut à son tour supprimé en 1856 (38).

Ce n'est alors qu'à la fin du XIX^e siècle, avec le développement du commerce international, que l'arbitrage connut à nouveau une certaine faveur, sous la pression économique et diplomatique des milieux d'affaires internationaux. Les magistrats français, prenant acte de l'utilité de l'arbitrage et de ce qu'il est la seule justice possible en matière de commerce international, permirent finalement son développement (39) et c'est alors que l'on retrouva les professions libérales, et particulièrement les avocats, au cœur de celui-ci. Leur présence est bien ainsi révélatrice de l'évolution de l'arbitrage, l'accompagnant aux plus grands moments de son histoire et disparaissant à ses heures les plus sombres.

NOTES

(33) Cass. civ., 10 juillet 1843, Recueil Dalloz, 1843.1.343; Journal du palais, 1843.235. L'arrêt a été à nouveau publié par la Revue de l'arbitrage avec les conclusions de l'avocat général Hello: Revue de l'arbitrage, 1992, p. 399.

(34) Réquisitoire du Procureur général Dupin, Cass. Civ. 30 juillet 1850, Journal du palais 1850.276.

(35) Voir Cour d'appel de Caen, 19 juin 1846, Journal du palais 1846.621; Cour d'appel de Lyon, 3 juillet 1850, Journal du palais 1850.92. Après 1850, la Cour de cassation admettra à son tour un énoncé du litige en termes généraux: Cass. Req., 2 mai 1853, Journal du palais 1853.50.

(36) Cass. Civ. 30 juillet 1850, Journal du palais 1850.276.

(37) Cass. Req., 27 novembre 1860, Recueil Dalloz 1861.1.494.

(38) Loi des 17-23 juillet 1856, Duvergier, Collection..., op. cit., 1856, p. 357.

(39) C. Jallamion, « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958: de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international », Revue de l'arbitrage, 2015, n° 3, p. 739 à 780 (1^{re} partie) et n° 4, p. 1037-1101 (2^e partie), sp. p. 745-754.

ARBITRAGE ET PROFESSIONS DE SANTÉ

LONGTEMPS TAXÉ D'IMMOBILISME, LE MONDE DES PROFESSIONS LIBÉRALES, ET SINGULIÈREMENT CELUI DES ACTIVITÉS DE SANTÉ, S'EST MÉTAMORPHOSÉ. CETTE ÉVOLUTION A AUSSI CONDUIT À CHANGER LE REGARD DES PROFESSIONNELS À L'ENDROIT DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.

« Max, on va t'expliquer de quoi il s'agit. Il nous fallait l'avis d'un homme de poids pour un, un p'tit arbitrage entre nous. »



PAR FRANÇOIS VIALLA, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS, DIRECTEUR DU CENTRE EUROPÉEN D'ÉTUDES ET DE RECHERCHE DROIT & SANTÉ, UMR5815 UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

L'évocation des dialogues du film *Touchez pas au Grisbi* (1) permet de constater que l'arbitrage a sa place pour régler les « différends professionnels » dans des environnements très divers. Mais il ne s'agit pas, ici, d'évoquer le « milieu » d'après-guerre, ni la filmographie des années 1950. C'est de professions libérales, et plus précisément de professions de santé, que nous nous préoccupons.

Le monde des professions libérales s'est métamorphosé et l'acception qu'en a aujourd'hui le droit a elle aussi évolué, même si demeure vive l'empreinte des fondements anciens que sont les caractères intellectuel, indépendant et désintéressé de l'activité libérale.

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (2) nous propose une définition des professions libérales : « Les professions libérales regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant ».

« Le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle » semble consubstantiel à l'activité libérale. Mais la normativité même de ces règles peut interroger. Qu'entend-on par « δέον (déon) λόγος (lógos) », par « ἦθος (éthos) », sont-ce toujours des normes au sens où nous l'entendons ? Il incombera à l'arbitre éventuellement sollicité de s'interroger sur les multiples normes qui enca-

drent l'activité libérale et d'en apprécier la licéité, l'intensité et l'applicabilité.

La définition légale sus-évoquée concerne la « profession libérale », elle s'applique donc à un mode d'exercice. Il conviendrait probablement de distinguer deux notions voisines. Celle, d'une part, de profession libérale et celle, de seconde part, d'activité libérale. Tout médecin exerce une profession libérale, mais seuls certains ont une activité libérale.

Le monde des professions libérales, singulièrement celui des professions de santé, a longtemps été taxé d'immobilisme, voire de conserva-

NOTES

(1) *Touchez pas au Grisbi*, Réalisation: Jacques Becker, 1954.

(2) L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23 mars, art. 29-1.

(3) F. Alcade, La profession libérale en droit fiscal, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1984, t. 15, p. 136, n° 141.

tisme. Pourtant (3), en quelques décennies, l'exercice professionnel est passé d'un stade artisanal à une démarche d'entreprise (4).

L'exercice isolé d'une profession de santé n'a assurément pas disparu mais elle n'est plus la règle absolue d'antan. Les commentaires de l'article 56 du Code de déontologie médicale par l'Ordre national des médecins sont des plus éclairants : « Si l'exercice de la médecine est pour le praticien éminemment personnel (articles 5, 69), le patient ne peut être toujours suivi, ni accompagné, ni traité par le médecin de façon individualiste. (...) Les médecins doivent donc se connaître et savoir travailler ensemble, sans qu'une bonne entente entre eux ne devienne jamais une connivence au détriment du patient. L'expérience a montré que lorsque des différends existent entre les praticiens qui s'occupent d'un même patient, celui-ci risque d'en pâtir » (5).

Longtemps décrié et suspecté, « l'exercice en société des professions de santé n'a cessé, au cours des dernières décennies, de se développer au point de constituer aujourd'hui une pratique aussi courante que banale » (6).

Ces transformations n'ont pas que des effets positifs. Signe des temps, l'attrait pour l'exercice libéral souffre cependant d'un désamour relatif de la part des jeunes praticiens, attirant l'attention sur l'existence de « déserts médicaux » (7). Comme toute mutation, celle des modalités d'exercice est source de potentiels conflits, alors qu'en lui-même « le contexte de la santé est pourvoyeur de tensions » (8).

Si le monde médical et de la santé a longtemps été rétif à l'endroit de certains des modes alternatifs de règlement des différends (MARD), il n'ignorait cependant pas les alternatives au contentieux juridictionnel (I). Aujourd'hui, cependant, une embellie se fait jour, les réticences semblent levées et l'arbitrage pourrait bien trouver dans les activités de santé une nouvelle terre d'élection (II).

I - LES PRÉMICES DU RECOURS AUX MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'exercice d'une profession de santé expose les professionnels à des différends, des litiges, des désaccords et autres conflits. On songe, naturellement, aux situations qui peuvent opposer l'homme de l'art à son patient ou à son entourage. Mais là ne se cantonnent pas, loin s'en faut, les hypothèses de potentiels contentieux auxquels expose l'activité.

Nombreuses peuvent être, en effet, les situations où le praticien sera confronté à un désaccord avec un confrère, un autre professionnel de santé, un établissement sanitaire ou médicosocial, un bailleur, un fournisseur de biens ou de services, etc. Ces conflits impliquant des professionnels de santé ne concernent pas, loin s'en faut, que des principes déontologiques essentiels, souvent ce sont des questions d'ordre « orga-

nisationnel » (garde, astreinte), matériel ou financier qui perturberont le quotidien des praticiens. Notons qu'il n'y a pas qu'en exercice libéral que les professionnels sont confrontés à des situations conflictuelles (9).

À la grande variété des causes de conflit (10) répondait une relative banalité des réponses proposées par le droit : « Si ces différends, on le voit, peuvent avoir des sources diverses, leurs modes de résolution étaient en revanche, jusqu'à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (...) restreints » (11).

La recherche de voies alternatives au contentieux judiciaire dans les conflits entre professionnels de santé est pourtant ancrée dans une longue tradition. Ainsi l'article R. 4127-56, alinéa 2 (12), du Code de la santé publique impose-t-il le recours à la conciliation en cas de différend entre médecins « au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre » (13).

NOTES

- (4) V. R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 2^e série, Dalloz, 1959, chap. VII Sociologie juridique des professions libérales, p. 226 et s.; J. Savatier, Étude juridique de la profession libérale, LGDJ, 1947, et note sous T. civ. Seine, 27 juin 1956, JCP G 1956, II, 9624; F. Alcade, La profession libérale en droit fiscal, précité, p. 136, n° 141; F. Violla, L'introduction du fonds libéral en droit positif français, préf. J.-J. Daigre, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1999, n° 39.
(5) Commentaire du Code de déontologie médicale, art. 56, <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-56-confraternite-280>.
(6) M. Borgetto, RDSS 2014, p. 107; F. Locher, RDSS 2014, p. 409; J. Savatier, La profession libérale aujourd'hui, in Exercice en groupe des professions libérales : France, Europe, États-Unis, colloque Faculté de droit de Poitiers, 29 mars 1994, publié ss dir. de J.-J. Daigre, Joly Éditions, 1995, p. 12; A. Lamboley, La société civile professionnelle, Un nouveau statut de la profession libérale, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1974, I, 3, n° 13; V. Siranyan et O. Rollux, LPA 2017, n° 90, p. 7-11.
(7) Les déserts médicaux, Cah. dr. santé n° 19, 2014, www.bnds.fr; I. Poirot-

- Mazères, RGD médical 2016, n° 58, p. 77-100; N. Dantonel-Cor, Les maisons de santé pluridisciplinaires : une réponse à la désertification médicale territoriale?, Droit & Santé 2013, n° 52, p. 152-162, www.bnds.fr.
(8) G. Lesoeurs, Le règlement des conflits : le médiateur en santé existe-t-il? Indication et prescription de la médiation, JuriSanté, n° 61, 2008, p. 9.
(9) N. Smolski, Conflits au sein des hôpitaux : médiation? Conciliation? Arbitrage?, <http://www.snphare.com>, Journal du Syndicat national des praticiens hospitaliers anesthésistes-réanimateurs, n° 64, avr. 2013.
(10) V. Commentaire du Code de déontologie médicale, art. 56, <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-56-confraternite-280>.
(11) A. Laude, L'arbitrage en matière médicale, Dr. & patr. 2012, n°104, p. 80-83.
(12) E. Terrier, Déontologie médicale et droit, préf. Ch. Atias, avant-propos A. Lamboley et F. Violla, thèse Montpellier, 2002, Les Éditions hospitalières, 2003, coll. « Thèses », p. 249 et s., www.bnds.fr.
(13) V. aussi pour les chirurgiens-dentistes, C. santé publ., art. R. 4127-259; pour les sages-femmes, C. santé publ., art. R. 4127-354; pour les infirmiers, C. santé publ., art. R. 4312-25.

La quête de conciliation est un devoir (14) et le recours au service de l'ordre une alternative.

La question se pose néanmoins de la qualité de la personne en charge de « gérer » le différend opposant deux professionnels de santé. Le recours à un confrère, en effet, n'est pas toujours considéré comme la panacée et la sagesse d'un tiers incontestablement neutre peut se révéler salvatrice. La conciliation n'était pas cependant le seul mécanisme connu du monde de la santé et la médiation y avait, depuis toujours, une place privilégiée. L'affirmation ne saurait étonner. La racine indo-européenne « med- » est à l'origine même de la « médecine ». Nous le prouvent les verbes latins « mederi » (15), « medicare » (16), « meditari » (17) et les termes « médecine », « médecin », « médical », « médicament », « méditer », « remède », « médiation », etc. Par essence, toute médecine est médiatrice et « remédiateur », le recours à la médiation dans le monde de la santé ne saurait donc surprendre (18).

Mais le mécanisme de la médiation est peut-être victime de son succès : « Il existe un véritable paradoxe de la médiation. Plus le terme se développe, plus le concept qui lui donne du sens se perd de vue » (19).

Pour autant, le recours aux MARD dans le champ de la santé semblait faire peu de place à l'arbitrage. Une ouverture a cependant été réalisée avec la loi « NRE » du 15 mai 2001 (20).

II - L'EMBEILLIE : L'OUVERTURE À LA VOIE DE L'ARBITRAGE

Le mécanisme de l'arbitrage n'était pas totalement méconnu du monde de la santé. Il arrivait, en effet, qu'un praticien soit investi d'une tâche relevant moins de l'expertise que d'une mission juridictionnelle pour trancher un différend entre un patient et un praticien (21). C'est surtout dans les contrats d'assurance que sont relevées des clauses de recours à un médecin tiers-arbitre lorsque persiste un désaccord entre les médecins des parties (22).

Le recours à l'arbitrage en santé ne saurait être circonscrit à ces hypothèses; il présente, en effet, une réelle ambivalence : « La technique de l'arbi-

trage peut concerner les médecins de deux manières : dans les différends d'ordre professionnel où des confrères peuvent s'opposer et dans le cadre de règlements de dommages corporels » (23).

Dans les relations entre acteurs de santé, ou entre un praticien et un de ses partenaires professionnels, le recours à l'arbitrage est aujourd'hui parfaitement licite. La stipulation d'une clause compromissoire est possible et « la loi du 15 mai 2001 pose comme critère de validité de la clause compromissoire la nature professionnelle de l'activité exercée par ceux qui la stipulent » (24). Comme le soulignait M. P. Borra, « l'arbitrage (...) offre désormais à la profession (médicale) une solution alternative au procès classique pour trancher les litiges que la conciliation n'aura pu apaiser » (25). Avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (26), les MARD semblent devoir croître puisqu'ils

ont les faveurs du législateur (27). Si la clause compromissoire est inopposable à la partie ayant contracté hors du cadre de son activité professionnelle, son champ de validité semble accru. Dès lors, elle devrait s'imposer à un professionnel de santé l'ayant acceptée dans une convention conclue hors de son champ de spécialité mais pour autant dans le cadre de son activité.

L'arbitrage devrait donc connaître un véritable essor dans le secteur de la santé. Cette embellie, au demeurant, était déjà perceptible. Son terrain d'élection était notamment celui du cadre d'exercice en groupe de l'activité professionnelle (28).

Progressivement l'idée d'une nécessaire pluridisciplinarité s'est fait jour et la tendance est aujourd'hui davantage au partage, au glissement des tâches et au regroupement de professions complémentaires, afin d'optimiser le service offert au patient (29).

NOTES

- (14) Commentaire du code de déontologie médicale, art. 56, <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-56-confraternite-280>; V. Martineau-Bourgninaud, Droit privé et déontologie, thèse droit, Nantes, 1996, p. 145; CE, 30 avr. 1986, n° 69660, RDSS 1986, p. 589, obs. L. Dubouis; E. Terrier, Déontologie médicale et droit, thèse précitée, p. 149-150.
(15) « Donner ses soins à ».
(16) « Soigner ».
(17) « Étudier, s'exercer ».
(18) R. Bourret, E. Martinez, F. Violla, A. Cudennec, A. Gibelin, J. Fontana, Théorie et pratique de la médiation en santé. L'exemple du Languedoc-Roussillon, Droit, Déontologie & Soins 2014, vol. 14, n° 2, p. 183-192.
(19) M. Guillaume-Hofnung, La médiation, AJDA 1997, p. 30, et La médiation, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1995, n° 2930.
(20) L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, JO 16 mai.
(21) CA Paris, 20 oct. 1994, E. Richey c/ Warlaumont, Rev. arb. 1996, p. 443, note Ph. Fouchard; CA Paris, 19 mai 1999, Benson c/ MACIF Ile-de-France, RTD com. 1999, p. 655, obs. E. Loquin; CA Paris, 13 juin 1989, 1^{re} esp., Rev. arb. 1990, p. 717, obs. Ch. Jarroson; Cass. 2^e civ., 24 juin 1999, n° 96-18.204.
(22) Sur cette question, v. notamment Cass. 2^e civ., 3 oct. 2013, n° 12-25.244, RGDA 2014, p. 76, note R. Schulz, RDC 2014, p. 255; Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126, JCP G 2010, 1232-1235, obs. A. Pélissier.
(23) D. Giocanti, Ch. Bartoli, M.-D. Piercecchi-Marti, A.-L. Pelissier-Alicot, G. Leonetti, Le médecin expert face au compromis d'arbitrage, Méd. & Droit 2008, p. 67-80.
(24) A. Laude, L'arbitrage en matière médicale, précité; Ch. Jarroson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G 2001, n° 27, I, 333, JCP E 2001, n° 36, p. 1371; v. C. civ., art. 2061, anc.
(25) P. Borra, président de chambre honoraire à la cour d'appel de Paris, membre du comité d'arbitrage de la Chambre nationale d'arbitrage des médecins, Un mode plus simple de règlement des contentieux médicaux, 6 juin 2005, <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/un-mode-plus-simple-de-reglement-des-contentieux-medicaux-11>.
(26) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JO 19 nov., art. 11.
(27) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, Tit. II : « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends »; C. civ., Liv. III, Tit. XVI, « De la convention d'arbitrage », art. 2061.
(28) A. Laude, L'arbitrage en matière médicale, précité; T. Favario, L'exercice en société des professions de santé : les litiges entre associés, RDSS 2014, p. 416 et s.
(29) F. Locher, Le choix d'exercer en société, RDSS 2014, p. 409.

Assurément, ce mouvement doit être salué, mais il faut aussi convenir qu'il peut être source d'une recrudescence de difficultés et de différends. Avec la possibilité de regroupements pluridisciplinaires (30), les sources de litiges pourraient croître et, en conséquence, favoriser l'attrait pour l'arbitrage.

L'efficacité des clauses de conciliation ou d'arbitrage n'est plus à démontrer. Ainsi, à propos des premières, la Cour de cassation a-t-elle précisé, dans un litige entre médecins associés, que « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » (31).

Si la conciliation est imposée dans les différends entre médecins, le recours à l'arbitrage demeure, quant à lui, facultatif. Il n'en est pas moins autorisé et « une procédure d'arbitrage peut parfaitement succéder à une procédure de conciliation infructueuse » (32).

S'il demeure optionnel, le recours à l'arbitrage semble cependant recevoir les faveurs nouvelles du législateur et celles de l'ordre des médecins et « le Conseil national de l'ordre des médecins propose également une clause d'arbitrage, facultative » (33).

Loin d'être cantonné aux seuls litiges entre associés, l'arbitrage se révèle réalisable et utile dans l'ensemble des conflits nés pour le praticien dans le cadre de son activité. Sont ainsi concernées, au premier chef, les relations entre professionnels et établissements privés, sanitaires ou médico-sociaux. Ces contrats d'exercice libéral sont, en effet, source de litiges particulièrement abondants (34). L'arbitrage sera encore fort utile pour les contrats relatifs au fonds libéral (35). Ce sera encore le cas dans les relations unissant des praticiens, ou des sociétés de praticiens, avec leurs différents partenaires tels que les bailleurs, les fournisseurs de matériels et autres dispositifs médicaux, mais encore les fournisseurs informatiques, les fournisseurs d'accès à Internet, les éditeurs de logiciels médicaux, de téléphonie, etc. Le développement de la e-santé pourrait bien favoriser le recours à l'arbitrage.

Dans un monde médical qui privilégie la discrétion et où les conflits ne

s'étalent que rarement au grand jour, le recours à l'arbitrage devrait croître. La discrétion de l'arbitrage est d'ailleurs soulignée par l'Ordre national des médecins dans le cadre de la mise en place d'une « Chambre nationale d'arbitrage des médecins » (CAMED) (36).

Assurément, l'Ordre national des médecins, s'il accorde ses faveurs au mécanisme, a tenté d'en garder la pleine maîtrise en adoptant, lors de sa session du vendredi 10 décembre 2004, une clause d'arbitrage (37). Pour autant, la CAMED ne saurait avoir l'exclusivité du mécanisme arbitral.

Si la loi autorise et favorise désor-

mais le recours aux MARD dans le cadre professionnel, elle ne donne pas pour autant d'exclusivité à telle ou telle instance professionnelle. La liberté contractuelle conduit à reconnaître à tous professionnels de santé libéraux la possibilité, et la responsabilité, de recourir à l'arbitrage.

Si l'arbitrage devrait à l'avenir connaître un important développement dans le champ de la santé, il faudrait aussi œuvrer en matière de prévention des différends et des litiges : « Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les conflits est la première » (38).

NOTES

(30) A. Cerati-Gauthier, La société interprofessionnelle de soins ambulatoires, Journ. sociétés 2014, n° 116, p. 35-37; A. Rocher, LPA 2013, n° 41, p. 3-6; v. aussi RLDA 2017/127, p. 6-7, note sous D. n° 2017-794, 5 mai 2017; S. Nonorgue, JCP E 2016, n° 30-34, p. 22-23; G. Parleani, D. 2016, p. 1248; J.-L. Navarro, Note sous ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016, JCP E 2016, n° 41, p. 38-40.

(31) Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-16.323, Rev. sociétés 2011, p. 235, note J.-F. Barbiéri; il en va de même pour le non-respect de la clause de conciliation stipulée dans un contrat d'exercice libéral, CA Paris, 19 déc. 2014, n° 12/09470, Droit & Santé 2015, n° 64, p. 250-251, obs. P.-L. Vidal, www.bnds.fr.

(32) A. Léandri, Le contrat d'exercice libéral du médecin, thèse Aix-Marseille III, 2006, Les Éditions hospitalières, coll. « Thèses numériques de la BND », 2010, p. 372, note 1343, www.bnds.fr.

(33) J.-Y. Copin, Droit médical et hospitalier, Litec, Fasc. 140, Exercice médical en établissement privé. - Principes généraux.

(34) A. Léandri, Le contrat d'exercice libéral du médecin, thèse précitée. Les conflits naissent souvent à propos des clauses de redevances (M. Mazzucotelli, Droit & Santé 2017, n° 76, p. 178-179), des clauses d'exclusivité ou, plutôt, d'exercice privilégié (C. Raja, Droit & Santé 2008, n° 21, p. 122-124), de la cession du fonds clinique (F. Lombard, Droit & Santé 2006, n° 10, p. 141-143), de la cession du fonds libéral du praticien ou de l'intégration d'un confrère associé (L. Castagnet, N. Descours-Alfandari, Droit & Santé 2006, n° 10, p. 156-157). La rupture des contrats d'exercice libéral est

aussi source d'un contentieux nourri (F. Violla, Droit & Santé 2012, n° 48, p. 494-496; N. Descours-Alfandari et B. Worms, Droit & Santé 2012, n° 50, p. 715-717), notamment au regard de la durée de préavis (A. Fournier, Droit & Santé 2012, n° 45, p. 85-87; M. Morlass-Courties, Droit & Santé 2012, n° 0, p. 717-718). La question de la requalification du contrat d'exercice en contrat de travail se pose parfois (P. Véron, Droit & Santé 2011, n° 42, p. 406-407). Les conséquences pour le contrat d'exercice de la perte de son autorisation administrative par l'établissement est aussi le cadre de conflit (V. Cadoret, Droit & Santé 2013, n° 56, p. 747-750).

(35) F. Violla, Les contrats du fonds libéral, Dr. & patr. 2002, n° 107, p. 32-48; J.-J. Daigre, Du fonds libéral en général, in Mélanges A. Sayag, Litec, 1997; Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 98-17.731, Bull. civ. I, n° 283, JCP G 2001, 10458, note F. Violla, RGD médical 2001, n° 6, p. 149, note I. Moine-Dupuis, D. 2001, p. 2400 note Y. Auguet, J.-J. Daigre, JCP E 2001, p. 1235; A. Turpin et F. Violla, in F. Violla (dir.), Les grandes décisions du droit médical, LGDJ, 2^e éd., 2014, p. 245.

(36) P. Borra, Un mode plus simple de règlement des contentieux médicaux, précité; Bull. Ordre des médecins, sept. 2004, p. 14 (la Chambre nationale d'arbitrage); <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/procedurearbitrage.pdf>; <https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/reglementdeslitiges.pdf>.

(37) <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/clause-de-conciliation-et-d-arbitrage-106>.

(38) L.-P.-J. Prugnon, Archives parlementaires, t. XVI, 1790, p. 739.

ORIGINALITÉ DE L'ARBITRAGE LIÉE AUX QUESTIONS ENTREPRENEURIALES

DANS LE DOMAINE DES PROFESSIONS LIBÉRALES, L'OMNIPRÉSENCE NORMATIVE CONSTITUE UN DÉFI POUR LES ARBITRES SAISIS DE LITIGES PORTANT SUR LES ASPECTS ENTREPRENEURIAUX. LE DROIT NE PRIVE TOUTEFOIS PAS L'ARBITRE DE RESSOURCES POUR MENER À BIEN SA MISSION.



PAR JEAN-PIERRE VIENNOIS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON, AVOCAT AU BARREAU DE LYON

L'originalité de l'arbitrage de litiges portant sur des questions entrepreneuriales qui touchent des professions libérales tient pour une large part à la particularité du cadre juridique de l'entreprise libérale. Pour avoir une vue claire, rappelons quelques définitions.

On retiendra de cette définition deux données : 1° Les qualifications professionnelles appropriées; 2° Le respect de principes ou d'une déontologie professionnelle. Ces exigences professionnelles sont le plus souvent consacrées dans des normes juridiques qui s'imposent aux professionnels libéraux. « Outre des règles légales ou réglementaires spécifiques, (les professions libérales) sont gouvernées en général par des règles internes et déontologiques » (2) et méritent alors l'appellation de « professions libérales réglementées ».

Comme il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente, on la retiendra comme hypothèse de raisonnement.

L'entreprise se définit comme « un ensemble de moyens humains et matériels organisés en vue de la production de richesses » (3). Lorsque l'organisation en cause et la production des richesses se confondent, correspondent, avec l'exercice de la profession libérale, on est en présence d'une entreprise profession-

nelle libérale (ou entreprise libérale). C'est dire que si l'entreprise libérale est une entreprise particulière, elle n'en est pas moins une véritable entreprise. Les autorités de concurrence l'ont mis en évidence depuis bien longtemps. L'exercice d'une profession libérale comporte donc un aspect entrepreneurial, qu'il faut entendre tout simplement comme l'acception dynamique de l'entreprise, prise sous l'angle de l'activité qui la caractérise : initiative, investissement, développement, lutte concurrentielle pour la conquête de la clientèle (4).

NOTES

(1) L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23 mars.

(2) J. Azéma, R. Besnard Goudet, B. Rolland et J.-P. Viennois, Dictionnaire de droit des affaires, Ellipses, 2007, p. 394.

(3) Ibid., p. 204.

(4) « Activité, fonction d'entrepreneur » (Larousse); « L'entrepreneuriat recouvre les activités qui concourent à la formation et la croissance d'une entreprise, dont la conséquence première est la création de valeur (richesse, emploi) »

La réglementation des professions libérales (réglementées) touche l'accès à la profession, le droit de se dire professionnel, de porter le titre, la manière d'exercer la profession et même la manière d'en sortir et de continuer de se prévaloir de la qualité d'ancien professionnel; bref, la réglementation des professions libérales est directement en lien avec l'entrepreneuriat libéral.

L'arbitre qui connaît d'un litige entre professionnels libéraux portant sur un aspect entrepreneurial (mise en œuvre d'une clause de non-concurrence entre des associés ou anciens associés, d'une clause de départ forcé à la retraite, d'une clause d'agrément dans un groupe surtout si le groupe est en situation de monopole, etc.) est nécessairement confronté à cette réglementation professionnelle.

L'originalité de l'arbitrage tient alors bien sûr au contenu particulier de ces règles, qui sont spécifiques à chaque profession. Mais c'est un phénomène dont la nature n'est pas propre à l'arbitrage des litiges de professionnels libéraux: pour trancher un litige entre un transporteur et un courtier ou un chargeur, il faut aussi connaître le droit des transports.

Une vraie spécificité de ce cadre normatif tient à la particularité de ses sources, très prolifiques, de son hétérogénéité, de sa densité, en un mot de la multiplicité des normes en présence; cela constitue un premier point d'attention (I).

Une fois cette difficulté résolue, une fois que l'on sait quelle règle est ou non applicable au litige, il y a une autre préoccupation importante, au regard de la mission de l'arbitre et du contrôle de sa mission, c'est celui du respect de la règle d'ordre public. Une seconde originalité pouvant être relevée en la matière est celle de l'omniprésence de l'ordre public (II).

I - ORIGINALITÉ LIÉE À LA MULTIPLICITÉ DES NORMES EN PRÉSENCE

Les normes qui gouvernent l'exercice des professions libérales sont de

natures très diverses: loi, règlement, règles européennes et internationales classiques, normes adoptées par les ordres professionnels et aussi normes adoptées par différentes entités dotées d'un pouvoir normatif. Dans le domaine de la santé, on songe par exemple aux autorisations des autorités régionales de santé (ARS), qui conditionnent l'exercice de certaines activités (telles que la chirurgie, la radiothérapie ou la médecine d'urgence), ou aux accréditations, aux certifications de la Haute Autorité de santé (HAS), voire à ses recommandations, dont la valeur normative est relevée (5). Dans le domaine du chiffre, on pense aux normes professionnelles arrêtées par le Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C) et qui ordonnent toute l'activité des commissaires aux comptes.

De ce foisonnement découlent deux types de difficultés: d'une part, identifier, parmi une multitude de règles, normes, principes, usages de valeurs diverses et parfois contradictoires, la règle substantielle applicable au litige (A); d'autre part, la qualité des normes en présence étant parfois inégale, il convient de s'interroger sur la validité même des règles professionnelles invoquées dans le litige (B).

A - FAIRE ÉMERGER LA RÈGLE APPLICABLE AU LITIGE PARMIS UN ÉCHEVEAU DE NORMES

Si l'on se concentre sur les restrictions au droit d'entreprendre fréquentes dans le domaine des professions libérales, on pense:

- aux clauses de non-concurrence;
- aux clauses d'exclusivité (ainsi, par exemple, des médecins qui ont l'exclusivité d'une activité dans une clinique);
- aux clauses qui restreignent la liberté de cumuler plusieurs activités;
- aux clauses qui organisent un départ forcé à la retraite.

La question de la validité de la restriction de concurrence est classique. La particularité des professions libérales tient à la présence de nombreuses normes de natures diverses

qui vont à l'encontre des principes de droit commun.

Parfois, ces normes spécifiques ont, il est vrai, pour objet d'assurer l'égalité devant la concurrence, devant l'accès au marché, autrement dit pour protéger la liberté d'entreprendre à l'instar des règles communes. C'est notamment le cas de textes nouveaux sur la biologie médicale, qui confient aux ARS le soin de veiller à ce que l'offre de soins ne soit pas confisquée par certains groupes.

Cela ne signifie pas que toute difficulté est absente, car l'articulation de ces normes avec le droit commun de la concurrence n'est pas forcément évidente.

Souvent, ces normes spécifiques interviennent pour limiter la liberté d'entreprendre:

- interdiction de pratiquer la profession comme un commerce;
- interdiction ou restriction au droit de pratiquer la publicité;
- interdiction de cumuler la profession avec une activité commerciale;
- interdiction de s'installer dans un immeuble où il y a déjà un autre professionnel;
- interdiction d'ouvrir un nouveau site d'exercice sans autorisation préalable;
- interdiction du compéage, c'est-à-dire des apports d'affaires.

En synthèse, il revient donc à l'arbitre de trouver la référence de la légalité dans un cadre juridique marqué par la multitude des exceptions et/ou des applications spécifiques du principe de la liberté d'entreprendre, exceptions ou applications dont la valeur n'est d'ailleurs pas homogène.

La difficulté pour l'arbitre d'identifier le droit applicable est accrue lorsque la validité même des normes qui lui sont présentées dans le litige ou qui lui semblent applicables est douteuse.

NOTES

(5) D. Truchet, Droit de la santé publique, Dalloz, coll. « Mémentos », 2016, p. 52.

B - APPRÉCIER LA VALIDITÉ DE LA RÈGLE PROFESSIONNELLE INVOQUÉE DANS LE LITIGE

Commençons par un exemple pour que le problème soit clairement perçu (1°) puis tentons une synthèse du rôle de l'arbitre (2°).

1°/ Exemple

L'exemple découle d'un jugement rendu dans une affaire qui opposait, d'un côté, une chambre départementale des huissiers de justice et un groupement d'intérêt économique groupant l'ensemble des huissiers de justice du département et, de l'autre côté, plusieurs études d'huissiers et les greffiers assurant le service du greffe près le tribunal de commerce, à propos de prétendues violations par ces études, du règlement intérieur de la chambre et de plusieurs résolutions adoptées par la chambre.

Plus précisément, la chambre départementale et le groupement reprochaient à plusieurs études d'avoir accepté une sollicitation de la société de greffiers assurant le service du greffe près le tribunal de commerce, au mépris du règlement intérieur et de différentes délibérations de la chambre; ces règles consacraient un tour de rôle pour la prise en charge des services des huissiers auprès du greffe (tenue des audiences, signification des jugements). Elles organisaient donc l'activité en répartissant les prestations entre les études. L'affaire était riche car se posait non seulement la question de la compatibilité de ces mesures avec le droit de la concurrence mais encore celle de leur conformité au droit professionnel. Et c'est sur le terrain du droit professionnel que le juge a débouté la chambre. Le tribunal de grande instance a jugé, en ce qui concerne les délibérations invoquées comme ayant été violées, que la chambre n'était pas compétente pour les adopter; en ce qui concerne le règlement intérieur, celui-ci n'ayant pas été approuvé par le garde des Sceaux, il était dépourvu de force obligatoire. Il en a déduit qu'aucun des textes invoqués n'avait de valeur normative en droit positif (6).

On voit bien la difficulté pour l'arbitre: se prononcer sur la validité de règles professionnelles très spécifiques et de natures diverses sur lesquelles repose éventuellement toute une organisation professionnelle. L'enjeu est donc important. Le contrôle par la cour d'appel saisie d'un recours fondé sur la conformité de la sentence à l'ordre public dans une affaire de ce type serait sans doute plus approfondi que d'ordinaire.

On en vient même à s'interroger sur l'arbitrabilité d'un tel litige. Mais à bien y réfléchir, rien ne devrait s'y opposer. Le fait que l'action tende à déterminer la liberté d'action d'un professionnel libéral investi d'une mission de service public doit conduire l'arbitre à une particulière vigilance car sa sentence portera précisément sur la mise en œuvre d'une règle d'ordre public. Mais dès lors qu'est admise la compétence de l'arbitre d'appliquer et de faire respecter les règles d'ordre public, il n'existe pas de raison de distinguer selon que l'objet de la règle d'ordre public est l'organisation du service public ou qu'il est de protéger telle ou telle valeur sociale.

2°/ Synthèse du rôle de l'arbitre

En synthèse, la difficulté est de savoir dans quelle mesure l'arbitre peut se prononcer sur la validité de la règle. Dans l'affaire, le tribunal de grande instance apprécie la compétence de la chambre pour affirmer l'inopposabilité de la règle; il apprécie si la procédure d'adoption du règlement intérieur a été respectée. Il apprécie en réalité la validité de ces règles.

L'arbitre peut-il apprécier la légalité de l'acte qui lui est soumis? La question ne présente un enjeu véritable du point de vue de la licéité de la sentence que si le texte relève de l'ordre public (sur cette question, v. *infra*), car dans l'hypothèse inverse, on le sait, l'irrégularité de la sentence ne sera pas contrôlable. La réponse paraît à première vue dépendre de la nature de la norme en cause. Pourtant, en l'état du droit, qui tend à s'éclaircir sur ce point, elle pourrait être identique, qu'il

s'agisse pour l'arbitre d'apprécier la validité de la loi, d'un acte administratif réglementaire ou individuel, ou encore d'un acte de l'Union européenne.

Tout comme le juge de l'Union, qui met en relief l'absence de caractère étatique de l'arbitre (7) pour lui dénier le droit de le saisir d'une question préjudicielle, le juge judiciaire semble dénier à l'arbitre le pouvoir de saisir tant le juge constitutionnel que le juge administratif en relevant, dans le premier cas, que « l'arbitre ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation » (8) et, dans le second, que « l'arbitre n'a pas le pouvoir de saisir une juridiction étatique » (9).

Dans ce contexte jurisprudentiel, il revient donc à l'arbitre d'apprécier la validité des normes qui lui sont soumises, quelles qu'elles soient, en opérant sous le contrôle du juge de la validité de la sentence lequel, lui, pourra ou devra renvoyer, selon les cas.

Cette solution était promue par le groupe de travail sur l'arbitrage mis en place à la demande du garde des Sceaux en avril 2006. Ce groupe de travail « s'est (...) prononcé unanimement pour que les arbitres disposent d'une plénitude de juridiction. Les arbitres se verraient donc reconnaître le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux, lorsque cette interprétation ou appréciation de légalité sera nécessaire à l'issue du litige » (10).

NOTES

(6) TGI Lyon, 15 déc. 2015, n° 15/10676
 (7) C.J.E., 23 mars 1982, aff. 102/81, Nordsee.
 (8) Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40.030, D. 2012, p. 159, note Bénabent.
 (9) CA Paris, pôle 1, 1^{re} ch., 10 mai 2016, M. B. S. Diew c/ AS Ascot Commodities. L'affaire concerne il est vrai un arbitrage international mais la solution semble transposable à l'arbitrage interne.
 (10) Ministère de la justice, Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage, Doc. fr., 13 mars 2007, p. 9.

La solution présente des avantages (11) : elle évite le délai lié aux questions préjudicielles ; les risques sont limités puisqu'un recours sera possible chaque fois que des règles d'ordre public sont en cause.

On touche alors la pierre angulaire de l'arbitrage, l'identification de l'ordre public, et le domaine de l'entreprise libérale offre une richesse toute particulière pour cet exercice.

II - ORIGINALITÉ LIÉE À L'OMNIPRÉSENCE DE L'ORDRE PUBLIC

Le respect de l'ordre public est évidemment essentiel car il conditionne la licéité de la sentence arbitrale. Au-delà de cette évidence, la difficulté commence, sous différentes formes. On en retiendra deux manifestations.

D'une part, il revient à l'arbitre, au plan substantiel, de trouver la voie de l'ordre public parmi les nombreuses normes applicables à l'entreprise libérale. La difficulté classique est accrue par le fait que la plupart des nombreuses normes techniques sont présentées comme impératives, et reconnues comme telles par le juge étatique. C'est le problème de la détermination de l'ordre public comme référence impérative de la sentence (A).

Une autre manifestation de la difficulté d'articuler l'ordre public entrepreneurial et le rôle de l'arbitre dans le domaine des professions libérales apparaît lorsque le plaideur invoque la règle d'ordre public au soutien d'une action en référé devant le juge étatique (B).

A - ORDRE PUBLIC ET LICÉITÉ DE LA SENTENCE

Assurer la conformité de la sentence à l'ordre public applicable à l'entreprise libérale renvoie à deux difficultés : d'une part, celle d'identifier, parmi les règles applicables, celles qui sont d'ordre public, quitte à en extraire les valeurs essentielles pour ne pas se laisser enfermer dans une approche trop technique (12) (1°). D'autre part, en pré-

sence de règles dont le caractère d'ordre public n'est pas discutable, la difficulté est de savoir quelle est la marge de manœuvre pour adapter ces règles au cas de l'entreprise libérale (2°).

1°/ Déterminer si la règle est d'ordre public

La difficulté est accrue et mérite un développement spécifique compte tenu des règles adoptées par les ordres professionnels (a) et les autorités indépendantes spécialisées (b).

a) Les règles adoptées par les ordres professionnels

En ce qui concerne la valeur des normes adoptées par les conseils de l'ordre dans le cadre de leur compétence (par exemple à travers l'adoption de contrats types), celle-ci dépend de l'objet de ces normes. Il est admis que ces normes sont susceptibles d'intéresser l'ordre public, par exemple dans le domaine de la santé publique (13), lorsqu'elles tendent à assurer la liberté du patient de choisir son médecin ou de consentir à l'acte médical ou encore lorsqu'elles affirment le devoir pour le médecin d'exercer personnellement ou de percevoir directement ses honoraires (14). On parle alors de « clauses essentielles » des contrats types, auxquelles les conventions particulières ne peuvent déroger (15). Il revient alors à l'arbitre d'identifier, parmi ces normes, celles qui méritent la qualification d'ordre public.

b) Les autorités indépendantes spécialisées

Parfois, ce sont les normes adoptées par d'autres autorités spécialisées, telles que les ARS, la HAS ou le H3C, qui sont en cause.

Une affaire jugée par le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence le 30 mai 2016 (16) montre qu'une décision d'une ARS est susceptible de constituer une référence d'ordre public pour l'appréciation de la validité d'une restriction contractuelle de concurrence. Dans cette affaire, différents groupes de médecins radiologues concurrents avaient demandé ensemble une autorisation d'exploitation d'une IRM et s'étaient

réparti les accès en fonction de leurs besoins. Concomitamment, ils avaient conclu un pacte aux termes duquel, si l'un des médecins obtenait une autorisation distincte, il devait rendre les accès obtenus dans le cadre de la demande groupée. L'implantation de l'IRM fut autorisée, l'ARS relevant que les médecins demandeurs avaient tous besoin d'accès. Lorsque, ultérieurement, certains médecins eurent l'opportunité d'accéder à d'autres machines, leurs cocontractants se prévalurent du pacte et tentèrent de leur interdire ledit accès. Leur demande est rejetée par le tribunal de grande instance, qui relève que l'accord avait pour effet de priver les médecins débiteurs de l'obligation des accès qui leur avaient été octroyés par la décision, et violait donc cette décision. L'accord est donc jugé nul car contraire à une décision de l'ARS.

Dans cette affaire, le juge civil retient une acception plutôt technique de l'ordre public, dans un domaine dominé par les réglementations impératives techniques ; il n'est pas évident que l'arbitre puisse pour sa part s'affranchir totalement de cette approche pour se concentrer uniquement sur les valeurs essentielles.

2°/ Adapter une règle d'ordre public à la spécificité de l'entreprise libérale

Prenons un seul exemple pour faire ressortir le rôle délicat de l'arbitre à cet égard. Lorsque l'entreprise libérale est exercée en société, c'est

l'accès même ou le maintien dans la société qui conditionne l'exercice de la liberté d'entreprendre, en particulier lorsque la société en question occupe une position dominante.

La question est de savoir de quelle liberté de prise en compte des spécificités de l'objet social (exercice d'une profession libérale) disposent les parties pour organiser la procédure et les conditions de l'agrément.

La loi prévoit des majorités spécifiques pour se prononcer sur l'agrément d'un nouvel associé dans une société d'exercice libéral (SEL). Pour le reste, elle est silencieuse et l'on applique le droit de la forme sociale choisie pour la SEL (société à responsabilité limitée [SARL], société par actions simplifiée, etc.). On sait la rigidité de la position de la Cour de cassation lorsqu'il est question de procédure d'agrément dans une SARL (17). Doit-on admettre la même rigidité lorsque l'on est en présence d'une SEL ? Rappelons que le capital d'une SEL peut être composé d'associés qui n'exercent pas dans la société. Il est nécessairement composé d'associés qui y exercent. La loi ne distingue pas en matière d'agrément, selon les associés. Or, ce n'est pas la même chose de recruter un *sleeping partner* et un associé qui exerce la profession. Les clauses d'agrément tirent parfois les conséquences de cette spécificité en ajoutant à la loi, notamment dans des pactes d'associés qui fixent des critères pour l'agrément, lesquels, s'ils ne sont pas respectés, privent le cessionnaire de l'éligibilité au bénéfice des conséquences d'un refus d'agrément (rachat des parts). L'arbitre se

doit de prendre en considération cette spécificité sans pour autant ignorer une règle que la Cour de cassation consacre comme impérative.

B - ORDRE PUBLIC ET PROCÉDURES D'URGENCE

Une affaire jugée par la cour d'appel de Nîmes le 24 novembre 2016 (18) montre comment une règle d'ordre public – l'obligation de continuité des soins – peut être mobilisée pour tenir provisoirement en échec l'arbitrage en appelant l'intervention du juge des référés fondée sur l'article 809 du Code de procédure civile. Ce texte exige la démonstration d'un trouble manifestement illicite. La violation d'une règle considérée comme d'ordre public caractérise ce trouble.

Dans cette affaire, un médecin avait exclu son associé ; il était allé trop loin en lui interdisant d'opérer avec effet immédiat. L'associé exclu avait saisi le juge des référés et s'était fait autoriser à opérer ses patients. Le juge des référés statue en ces termes : « *l'immediateté de l'effet de cette exclusion, au regard des devoirs de la société d'exercice libéral à responsabilité limitée et des deux associés à l'égard de leurs patients au sein des cliniques cocontractantes, a porté atteinte au principe d'ordre public de continuité des soins légalement consacré et emporte (...), dans ces circonstances, un trouble manifestement illicite auquel il convient de mettre fin* ».

CONCLUSION

L'arbitre qui s'attaque aux questions entrepreneuriales dans le domaine

des professions libérales va devoir composer avec un ordre public omniprésent.

Ceci ne remettra pas en cause, en principe, la possibilité pour lui de juger, même lorsque les règles d'ordre public en cause ont pour objet d'organiser une mission de service public ; les litiges entre professionnels libéraux demeurent malgré ce phénomène des litiges arbitrables. En revanche, ce contexte juridique complexe va lui poser de nombreuses difficultés, car il lui faudra parfois aller jusqu'à écarter des règles d'ordre public après avoir apprécié leur validité et conclu à leur illégalité.

Parfois, l'urgence qui s'attache au respect par le professionnel libéral d'une mission de service public ou d'une obligation consacrée par une règle d'ordre public aura pour effet de justifier la compétence du juge des référés, lequel interviendra alors concurremment.

NOTES

- (17) Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.221, D. 2014, p. 2438, obs. E. Lamazerolles, p. 273, obs. A. Lienhard, Rev. sociétés 2014, p. 437, note B. Lecourt, JCP E 2014, 1515, n° 4, obs. M. Caffin-Moi, Dr. sociétés avril 2014, comm. 64, note D. Gallois-Cochet, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 250, note B. Saintourens.
(18) CA Nîmes, 24 nov. 2016, RG n° 16/02437.

NOTES

- (11) Voir toutefois l'analyse plus réservée de Monsieur Bénabent, note sous Com 28 juin 2011, précitée, qui relève à juste titre que si la sentence est sans appel, le débat sur la constitutionnalité sera cantonné au champ du contrôle de l'ordre public.
(12) J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, « Thémis », 2016, n° 960.
(13) D. Truchet, *Droit de la santé publique*, précité, p. 123 et s.
(14) CE, 14 févr. 1969, n° 71.978.
(15) Lamy Droit de la santé, 2009, n° 166-255.
(16) TGI Aix-en-Provence, 30 mai 2016, rôle n° 16/011499.

APPRÉCIATION DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS LIBÉRALES

DEPUIS DE NOMBREUSES ANNÉES, ON A SOULIGNÉ LA BANALISATION DE L'ACTIVITÉ LIBÉRALE (1). LA MISE EN SOCIÉTÉ DE PROFESSIONNELS LIBÉRAUX CONTRIBUE À CE PROCESSUS EN ÉDULCORANT PLUSIEURS EXIGENCES LIBÉRALES TRADITIONNELLES TELLES QUE CELLE DE L'EXERCICE PERSONNEL OU DE L'EXERCICE INDÉPENDANT.



PAR PIERRE MOUSSERON, AGREGÉ DES UNIVERSITÉS, PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

Cette banalisation se retrouve dans le cadre du contentieux. À l'instar de nombreux litiges sociétaires de nature commerciale, on observe ainsi le développement de procédures arbitrales dans le secteur libéral, dans le cadre d'institutions dépendantes ou indépendantes des ordres professionnels. Cette tendance pourrait s'accroître alors que l'on observe des entrées au capital de sociétés libérales de professionnels de spécialités différentes. Dans ce contexte, et à titre d'exemple, on comprendrait la volonté d'experts-comptables de ne pas soumettre à l'ordre des avocats des différends relatifs à leur entrée au capital de sociétés de participations financières détenant des titres dans des sociétés d'avocats.

Au-delà des critères d'appréciation généraux de l'arbitrage (coût, rapidité, discrétion, technicité, etc.) et de

difficultés liées à l'intervention des ordres professionnels (2), l'arbitrage en matière de sociétés libérales expose à certains inconvénients (I)... et avantages (II).

I - INCONVÉNIENTS DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS LIBÉRALES

L'arbitrage en matière de sociétés libérales suscite des difficultés en début (A) comme en fin (B) de procédure arbitrale.

A - INCONVÉNIENTS EN DÉBUT DE PROCÉDURE ARBITRALE

L'arbitrage en matière de sociétés libérales s'expose notamment à un risque d'inopposabilité de la clause compromissoire (1^o) et de difficultés dans la constitution du tribunal arbitral (2^o).

1^o/ Risque d'inopposabilité de la clause compromissoire vis-à-vis de certains associés

Le nouvel article 2061, alinéa 2, du Code civil issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (3) énonce : « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son

activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée » (4). Dans de nombreuses situations relatives aux entreprises libérales, ce nouveau texte ne posera pas de difficulté. Ce sera le cas pour les litiges relevant des sociétés libérales dans lesquelles les associés exerceront au sein de la société. Ce sera aussi le cas pour les sociétés d'exercice libéral. Pour ces entités, l'article L. 721-5 du Code de commerce permet aux associés d'introduire une clause d'arbitrage pour « les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société ».

NOTES

- (1) R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Dalloz, 1959, p. 233, n° 212.
 (2) V. dans le présent Dossier, J.-B. Racine, Originalité de l'arbitrage liée aux ordres professionnels.
 (3) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov.
 (4) Cet article 2061 disposait jusqu'alors : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

En revanche, le nouveau texte ouvre des interrogations pour un litigant qui n'aurait pas contracté « dans le cadre de son activité professionnelle », et notamment pour l'associé qui ne serait qu'un professionnel dit « non-exerçant ». Le risque d'inopposabilité de la clause issu de l'alinéa 2 de l'article 2061 pourrait inquiéter. Le fait que l'article L. 721-3 du Code de commerce énonce que les parties « peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations » relatives aux sociétés commerciales est de peu de secours. Ce texte se prononce plus sur la validité de la clause « au moment où elles contractent » et point sur son opposabilité seule visée par l'article 2061, alinéa 2. Le risque est d'autant plus sérieux que ce sera justement dans ces situations d'actionnariat mixte regroupant des associés exerçants et des associés non-exerçants que l'arbitrage sera le plus souhaitable pour éviter un règlement par une autorité ordinale qui pourra être suspectée de partialité.

Il sera prudent dans ces cas-là de consolider la clause compromissoire par un compromis.

2^o/ Difficulté de constitution du tribunal arbitral

La coexistence au sein de la société de plusieurs associés ou groupes d'associés aux intérêts distincts risque de compliquer la constitution du tribunal arbitral. Au-delà du litige qui peut naître entre deux associés, peut aussi surgir un différend impliquant un nombre plus élevé d'associés. Cette situation complique la mise en place du tribunal ; ainsi, en présence d'une clause appelant la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres dont un désigné par le demandeur et un autre par le défendeur, des défendeurs peuvent avoir des intérêts divergents rendant éventuellement inéquitable la désignation pour eux tous d'un seul arbitre. En la matière, il conviendra de respecter « le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » dont l'arrêt « Dutco » a posé qu'il était d'ordre public (5).

L'arbitre unique nous paraît apporter une solution opportune pour gérer ce multipartisme. L'opportunité est d'autant plus grande dans un arbitrage administré où la revue du projet de sentence par un organe du centre d'arbitrage pourra limiter des risques de dérapage par l'arbitre unique (6).

Le recours à un tribunal préconstitué par un centre d'arbitrage peut être une seconde solution d'ailleurs cumulable avec la composition à arbitre unique. Cette technique présente en outre l'avantage de favoriser l'indépendance des arbitres qui ne « devront » pas leur désignation à une seule des parties.

B - INCONVÉNIENTS EN FIN DE PROCÉDURE ARBITRALE

Une difficulté peut survenir tenant à la relativité de la chose jugée par la sentence à l'égard de la société.

Dans de nombreux cas, l'efficacité de la sentence supposera la participation de la société au sein de laquelle survient un litige. Or, on sait que les sentences ne disposent que d'une autorité relative de la chose jugée. Certes, la jurisprudence considère que les sentences sont opposables aux tiers (7). Mais cette opposabilité peut montrer des faiblesses dans un contexte sociétaire. Ainsi, dans l'hypothèse d'un arbitrage entre associés relative à une éventuelle exclusion

décidée par la sentence, la simple opposabilité de la sentence justifiera-t-elle l'obligation pour la société de passer les écritures découlant de l'exclusion dans les registres d'actionnaires ?

Pour éviter cette complication qui pourrait être suivie d'une contestation par l'autre partie, une intervention forcée est concevable en matière judiciaire et point en matière arbitrale. Une intervention volontaire de la société à l'arbitrage renforcerait l'efficacité de la sentence. À cette fin, les règlements de certains centres d'arbitrage comme le Centre de conciliation et d'arbitrage des professions libérales (CCAPL) prévoient pareille faculté (8).

II - AVANTAGES DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS LIBÉRALES

L'arbitrage en matière de sociétés libérales présente deux avantages particuliers liés au traitement des questions relatives à l'évaluation des droits sociaux (A) ou au contexte international (B).

A - AVANTAGES EN MATIÈRE D'ÉVALUATION DES DROITS SOCIAUX

La plupart des litiges relatifs à des sociétés libérales posent des questions d'évaluation des droits sociaux (9).

NOTES

- (5) Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1992, n°s 89-18.708 et 89-18.726, Bull. civ. I, n° 2, Dutco, RTD com. 1992, p. 796.
 (6) À cet égard, le règlement d'arbitrage du Centre de conciliation et d'arbitrage des professions libérales adopte un contrôle très léger. Son article 25-2 dispose : « Le projet de sentence arbitrale est communiqué au conseil de la cour d'arbitrage qui indiquera notamment le montant total des frais et honoraires d'arbitrage et précisera le montant des provisions versées par chacune des parties ».
 (7) J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, PUF, coll. « Thémis droit », 2016, n° 855. V. aussi C. Debourg, Comptendu de l'atelier du groupe de travail

- « Pratique arbitrale » du Comité français de l'arbitrage, « La procédure arbitrale et les tiers », Rev. arb. 2017, p. 343 et s., spécialement p. 354.
 (8) L'article 7.8 du règlement d'arbitrage du CCAPL dispose à cet égard : « Le conseil de la cour d'arbitrage pourra faire droit à la demande d'une personne visant à intervenir volontairement. Sauf accord des parties, l'intervention ne pourra pas être admise après constitution du tribunal arbitral ».
 (9) La mise à la retraite d'office des officiers publics ou ministériels à 70 ou à 71 ans en cas de prolongation ministérielle pose une nouvelle difficulté de ce type, v. J.-J. Daigro, Des SCP, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 209.

1°/ Possibilité d'échapper à un expert désigné par voie judiciaire

Lorsque la loi ou les statuts renverront à l'article 1843-4 du Code civil, il sera a priori nécessaire de recourir à un expert désigné « par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible » et point désigné d'une autre façon (10). La formule « président du tribunal » semble ne renvoyer qu'aux seuls présidents des juridictions étatiques et point aux présidents de tribunaux arbitraux. Le fait que les fonctions de président du tribunal arbitral ne soient pas prévues par la loi et n'existent d'ailleurs pas toujours notamment en cas d'arbitrage à arbitre unique plaide, selon nous, pour l'impossibilité pour le président du tribunal arbitral de désigner le tiers expert de l'article 1843-4. A priori, si le litige était soumis à des arbitres, il faudrait donc raler l'instance arbitrale par un détour judiciaire. Cette éventualité est malheureuse. Elle nous paraît évitable.

Dans un premier temps, on peut s'interroger sur l'opportunité de recourir à une expertise (11), notamment lorsque le tribunal arbitral comprendra un expert, ce qui est notamment le cas des statuts du CCAPL. L'expertise va ralentir le débat et rencherir le coût du règlement du litige. Eu égard aux incertitudes attachées à l'exercice d'évaluation quels qu'en soient les auteurs, il paraît envisageable de confier à des arbitres la tâche d'évaluation.

Dans un second temps, même s'ils doivent rester attentifs à l'efficacité de la sentence, les arbitres pourront suggérer dans un compromis d'exclusion contractuellement l'expertise de l'article 1843-4 (12). L'idée serait d'adopter un prix à dire de tiers désigné non pas en application de l'article 1592, qui porte sur la vente, mais de la simple liberté contractuelle.

Dans le cas particulier de litiges afférents à l'exercice professionnel d'avocats, il faudra avoir à l'esprit l'article 21, alinéa 3, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (13), qui énonce : « Tout différend entre

avocats à l'occasion de leur exercice professionnel est, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier qui, le cas échéant, procède à la désignation d'un expert pour l'évaluation des parts sociales ou actions de sociétés d'avocats ». Ici aussi, ce texte dont il est déjà admis qu'il ne fait pas obstacle à un arbitrage de droit commun (14) ne nous paraît pas interdire une convention d'arbitrage qui réglerait les questions d'évaluation d'une autre façon.

2°/ Possibilité de meilleures méthodes d'évaluation**a) Difficultés particulières d'évaluation des droits de sociétés libérales**

Plusieurs facteurs rendent particulièrement délicate l'évaluation des droits de sociétés libérales.

Certaines difficultés tiennent au contexte professionnel de l'évaluation.

La « profession » en cause pourra influencer. La Cour de cassation a ainsi justifié une importante décote opérée par un expert au motif qu'un cédant notaire avait manqué à un devoir de coopération active. Cette solution peut se justifier par l'intégration dans la valeur des parts de la dimension confraternelle existant dans le notariat (15). Le Conseil d'État a lui aussi validé le recours aux « pratiques et usages de la profession » d'avocats pour fixer la

valeur de l'apport d'une clientèle à 75 % de la moyenne du chiffre d'affaires d'une société au cours de ses trois derniers exercices (16).

Des éléments tels que le « lieu d'exercice » sont pertinents pour évaluer les parts de certaines sociétés médicales en fonction notamment de l'état de l'offre et de la demande dans certaines régions.

On évaluera aussi différemment les droits sociaux selon que le risque de « déperdition de la clientèle » sera faible ou important; ainsi, pour un départ à la retraite où le risque de déperdition est faible, la valorisation sera souvent plus forte que sur des départs d'associés retrayants. Des accords commerciaux particuliers tels que la prise en charge par l'une des parties de la charge de certains éventuels licenciements auront ainsi un impact sur la valeur et donc le prix. La réputation du sortant peut produire une décote.

Le « moment » de l'opération importe. Ainsi, actuellement, il faut certainement composer avec l'attentisme lié aux conséquences de la loi « Macron » du 16 août 2015 (17).

D'autres difficultés sont plus techniques.

D'abord, il faut savoir si l'on est en présence de sociétés (sociétés civiles professionnelles ou sociétés d'exercice libéral) relevant de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (18) qui

NOTES

- (10) Dans ce sens, v. Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, n° 14-14.003, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 95, note B. Brignon.
 (11) Des articles récents ont popularisé les techniques d'évaluation, v. notamment C. et I. Dantcheff, L'évaluation des entreprises (1^{er} volet), Dr. fisc. 2016, n° 46, p. 583.
 (12) B. Brignon, note précitée sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, n° 14-14.003.
 (13) L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, JO janv. 1972.
 (14) Cass. com., 9 juill. 2014, n° 13-13598, Rev. arb. 2015, p. 1103, obs. B. Castellane. L'auteur ne limite pas cette solution à l'arbitrage international en invoquant notamment « l'adoption par le barreau de Paris en 2012 d'un

- règlement d'arbitrage qui reconnaît aux parties la liberté de souscrire une clause d'arbitrage, (...) la juridiction du bâtonnier n'ayant de caractère exclusif qu'à l'égard des autres juridictions publiques ».
 (15) Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n° 01-10395, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 637, § 140, note J.-J. Daigre.
 (16) CE, 10^e et 9^e ss-sect. réunies, 20 déc. 2013, n° 349787.
 (17) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août.
 (18) L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JO 23 mars.

exclut en principe la valorisation de la clientèle (19).

Ensuite, il faut composer avec le particularisme de certaines opérations. Celui-ci invitera ainsi à prendre en compte la nature de l'opération (départ involontaire à la retraite ou exclusion subie, etc.). Certaines clauses d'évaluation applicables à l'entrée et qui visent à alléger le coût de l'association ne sont ainsi plus pertinentes lorsqu'il s'agit d'indemniser un associé exclu (20). Ce particularisme incitera aussi à prendre en compte pour l'évaluation l'existence de garanties souscrites au bénéfice de l'acquéreur.

Enfin, la fixation de la date de référence des évaluations est aujourd'hui très délicate.

b) Prise en compte arbitrale des difficultés d'évaluation des droits de sociétés libérales

Pour toutes ces difficultés d'évaluation, les procédés actuellement utilisés sont souvent déficients. Ainsi, les statuts des groupements libéraux prévoient parfois que l'assemblée générale annuelle fixera chaque année le prix des actions pour les cessions qui devraient survenir dans l'exercice suivant, étant précisé que les parties pourront toujours convenir de céder de gré à gré à un autre prix. La technique paraît séduisante. Elle présente cependant certains risques, notamment en cas de changement brutal dans la situation de la société.

Que peut proposer l'arbitrage ? L'existence d'arbitres rompus à ces questions d'évaluation peut offrir une solution sans avoir à recourir à des expertises qui disjoignent la solution de ces conséquences financières. On pourrait ainsi tenter d'inciter les arbitres à ne pas se sentir liés par certaines règles des tribunaux étatiques même reconnues par le Conseil constitutionnel tendant à exiger que l'évaluation des droits sociaux soit faite à la date la plus proche du remboursement en cas d'exclusion (21). Le risque de cette liberté arbitrale est réduit. Comme l'écrit Laurent Aynès, « l'arbitre n'a pas en principe à appliquer un droit

étatique déterminé; il n'est pas l'organe d'un État, ni le serviteur d'une loi. C'est à l'accord des parties qu'il doit essentiellement se référer. Mais une loi étatique peut précisément avoir été choisie par les parties. À défaut, l'arbitre peut s'y référer, si elle lui paraît appropriée à la solution du litige » (22). Pierre Mayer illustre cette réalité : « Par son acceptation, l'arbitre monte en quelque sorte dans la barque contractuelle. Il répugne à la faire couler. Chargé, par exemple, de régler les différends qui peuvent survenir pendant la durée d'un pacte d'actionnaires, il aura tendance à y berner sa mission, sans trop se préoccuper des entorses qu'il peut comporter aux règles légales relatives aux cessions d'actions ou au vote dans les assemblées d'actionnaires » (23). Si l'ordre public menace toujours la sentence en application de l'article 1492, 5^e, du Code de procédure civile, cette menace est faible en matière contractuelle.

La sentence rendue en contrariété avec une position reconnue en jurisprudence serait moins fragilisée qu'une décision judiciaire susceptible d'appel et de cassation. Les causes de recours en annulation des sentences au titre de l'article 1492 du Code de procédure civile sont en effet bien plus réduites que les causes de réformation ou de cassation.

B - AVANTAGES TENANT À LA MEILLEURE PRISE EN COMPTE DU PARTICULARISME INTERNATIONAL

Longtemps éloignés de l'internationalité, les groupements libéraux s'en rapprochent. En témoigne notamment la constitution de larges réseaux d'avocats et d'expertise comptable. Cette internationalisation pose des difficultés dont on peut donner une illustration (1^{er}) avant d'évoquer les avantages du règlement arbitral (2^e).

1^{er}/ Impact des règles professionnelles en matière internationale

L'impact des règles déontologiques sur le traitement judiciaire des litiges pose des questions délicates. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé

qu'un dirigeant d'une société d'expertise comptable ne pouvait être judiciairement frappé d'une interdiction de gérer dès lors qu'il était soumis à des règles disciplinaires (24). Cet effet des règles déontologiques ne va cependant pas nécessairement de soi dès lors notamment qu'il a été jugé que l'existence d'une faute déontologique ne pouvait pas caractériser à elle seule un acte de concurrence déloyale (25).

Cette difficile conciliation est encore plus délicate en matière internationale. On peut illustrer cette difficulté avec les débats que pose actuellement l'efficacité des clauses dites de « gardening leave ». Celles-ci obligent certains professionnels libéraux à respecter un préavis préalablement à leur départ. Ce préavis est souvent non exécuté, laissant au

NOTES

- (19) L. n° 66-879, 29 nov. 1966, relative aux sociétés civiles professionnelles, JO 30 nov., art. 10, al. 4, et L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, JO 5 janv. 1991, art. 10, al. 2.
 (20) J. Demaison, Structures d'exercice de la profession d'avocat et patrimonialité, Journ. sociétés, févr. 2014, p. 16.
 (21) Pour un commentaire critique de la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-563 QPC du 16 septembre 2016, v. A. Tadros, La déconnexion entre la propriété des droits sociaux et la qualité d'associé, RDC 2017, p. 142.
 (22) L. Aynès, Le contrat devant l'arbitre à l'épreuve de la réforme française du droit des contrats, Présentation générale, Rev. arb. 2017, p. 5 et s., spécialement p. 6.
 (23) P. Mayer, L'arbitre et la loi, in Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Litec, 2001, p. 225 et s., spécialement p. 237. Certains auteurs sont plus « frileux » et invitent les arbitres à ne pas déroger à des règles impératives, v. E. Scholastique, Arbitrage et droit des sociétés, Dr. & patr. juin 2002, n° 105, p. 52.
 (24) CA Paris, 2 févr. 2016, n° 15/200017, RJDA 7/16, n° 559.
 (25) Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-16.307.

professionnel le temps d'aller jardiner... ; de son côté, la société met à profit cette période de préavis pour lui permettre de convaincre les clients de l'associé sur le départ de continuer à lui confier leurs intérêts. Cette pratique porte atteinte au principe d'exercice qui pèse sur le professionnel libéral et à celui de liberté de choix du client.

Une difficulté consistera à déterminer si ces principes professionnels prévalent sur les clauses des contrats conclus par les professionnels libéraux. Comme souvent en matière d'application de principes, il faudra vraisemblablement déterminer si les clauses portent une atteinte proportionnée aux finalités poursuivies par lesdits principes. Ainsi, une obligation statutaire pour chaque associé de se soumettre à un contrôle par des comités *ad hoc* ne constituera généralement pas une atteinte disproportionnée au principe d'indépendance. À l'inverse, une atteinte à la liberté d'exercice durant un *gardening leave* sera plus délicate à justifier. Quoi qu'il en soit,

ce débat qui se posera devant les autorités ordinales ralentira le processus de solution du litige.

2°/ Avantages du règlement arbitral des règles professionnelles en matière internationale

L'essor de l'arbitrage en matière de commerce international témoigne d'abord de la meilleure appréhension des questions internationales par le monde arbitral que par le monde judiciaire, grâce notamment à l'éventuel bilinguisme de la procédure arbitrale.

Par ailleurs, si seul un traitement arbitral est prévu, il permettra de traiter en une seule fois le différend sans avoir nécessairement à respecter un préalable devant les autorités ordinales qui pourra ralentir le traitement de la difficulté.

Enfin, l'arbitrage organisé par des centres indépendants des ordres professionnels offre un contexte qui sera souvent perçu comme plus neutre ; certains justiciables (comme les *partnerships* étrangers)

pourraient en effet craindre que les juridictions nationales ou les juridictions arbitrales liées aux ordres nationaux soient trop protectrices de leurs ressortissants ; à l'inverse, d'autres (comme les associés personnes physiques exerçant au sein de ces entités) pourraient craindre que les juridictions arbitrales étrangères soient trop éloignées de leurs particularismes libéraux.

CONCLUSION

Le règlement judiciaire des litiges en matière de sociétés libérales pose des difficultés originales qui sont pour certaines techniques (importance de l'expertise judiciaire de l'article 1843-4 du Code civil, etc.) et d'autres substantielles (méthodes d'évaluation, pluralité de règles nationales applicables, etc.). Pour atténuer ces difficultés, le fondement contractuel de l'arbitrage se révèle une technique pertinente. L'arbitrage qui se développe indépendamment des ordres professionnels apparaît comme une voie particulièrement satisfaisante à cette fin.



L'ORIGINALITÉ DE L'ARBITRAGE LIÉE AUX ORDRES PROFESSIONNELS

L'ARBITRAGE EST UNE SOLUTION BIEN ADAPTÉE AUX LITIGES CONCERNANT LES PROFESSIONNELS LIBÉRAUX. LES RÈGLES ISSUES DES ORDRES PROFESSIONNELS N'ENTRAVENT L'ÉPANOUISSEMENT DE L'ARBITRAGE QUE MARGINALEMENT. L'ÉTUDE EST MENÉE AU REGARD DE QUATRE PROFESSIONS : AVOCAT, EXPERT-COMPTABLE, MÉDECIN ET ARCHITECTE.



PAR JEAN-BAPTISTE RACINE, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ NICE SOPHIA ANTIPOLIS

L'arbitrage est une justice reposant sur un socle volontaire. Il faut donc un accord de volonté aux fins de régler un litige par cette voie. C'est dans cette perspective que l'arbitrage est le produit de la liberté contractuelle. Dans le cadre des relations entre membres d'une même profession libérale, rien ne devrait *a priori* entraver le recours à l'arbitrage. Les professions sont dites « libérales » : leurs membres devraient pouvoir organiser librement le traitement des conflits surgissant entre eux. Par ailleurs, entre professionnels, la clause compromissoire est parfaitement valable. Après la réforme du 15 mai 2001 (1), la clause compromissoire était valable dès lors qu'elle était incluse dans des contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, ce qui permettait déjà de couvrir le

champ des relations entre professionnels libéraux (C. civ., art. 2061 anc.). Depuis la loi du 18 novembre 2016 portant modernisation de la justice du XXI^e siècle (2), la clause est non seulement valable, mais également opposable entre professionnels (C. civ., art. 2061 nouv.) (3). Les membres d'une profession libérale étant, par définition, des professionnels, la clause compromissoire développe tous ses effets contraignants tirés du droit commun.

On ajoutera que les professions libérales agissent clairement sur des marchés : marché du droit, marché de la santé, etc. Nous sommes en présence non pas de commerçants, mais de professionnels libéraux qui développent une activité économique à part entière. L'expression d'« entreprise libérale » est devenue usuelle. Par ailleurs, les professions libérales s'exercent de plus en plus dans le cadre de groupements (l'exercice individuel demeure, mais il n'est plus une norme indépassable). Ajoutons que ces structures s'internationalisent. Il y a une mondialisation des professions libérales (dans la profession d'avocat, les *law firms* en sont

un exemple frappant). Il n'est donc pas étonnant qu'au regard de ces transformations du mode d'exercice des professions libérales, l'arbitrage, justice naturelle des relations économiques, spécialement dans un cadre international, soit un mode de résolution des conflits recherché et adapté.

La difficulté est ailleurs : de nombreuses professions libérales sont organisées sous la forme d'ordres professionnels. Il en découle une structure particulière, des autorités ordinales, une déontologie, etc. L'exercice de la profession libérale n'est pas entièrement libre (la notion même de « professions libérales réglementées » est une forme

NOTES

- (1) L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles réglementations économiques, JO 16 mai.
- (2) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov.
- (3) Sur cette réforme, v. notamment Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *Rev. arb.* 2016, p. 1007.

d'oxymore)! Dans ce cadre, il se peut qu'il y ait des règles professionnelles et/ou légales qui appréhendent le règlement des conflits et, potentiellement, aient une répercussion sur l'arbitrage. Nous ne parlerons bien entendu pas du contentieux disciplinaire. Ce qui est en jeu, c'est l'ensemble des litiges pouvant surgir entre professionnels libéraux ou entre les professionnels libéraux et leurs clients. Dans cette perspective, il est utile d'étudier d'abord la place de l'arbitrage dans le cadre de la réglementation concernant la profession d'avocat où les questions sont les plus riches (I), pour examiner ensuite le cas d'autres professions (II).

I - LA PROFESSION D'AVOCAT

Dans le régime actuel, tel que découlant de la loi du 31 décembre 1971 (4), modifiée pour ce qui nous intéresse par une loi du 12 mai 2009 (5) ainsi que par une loi du 28 mars 2011 (6), il existe plusieurs dispositions relatives au règlement des litiges, ce que l'on appelle communément « l'arbitrage du bâtonnier » (7). La première est l'article 7, alinéa 7, de ladite loi aux termes duquel : « Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel. En ces matières, le bâtonnier peut, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, déléguer ses pouvoirs aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tout membre ou ancien membre du conseil de l'ordre ».

La deuxième est l'article 21, alinéa 3, de cette même loi de 1971 selon lequel : « Tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel est, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier qui, le cas échéant, procède à la désignation d'un expert pour l'évaluation des parts sociales ou actions de sociétés d'avocats. En cette matière, le bâtonnier peut déléguer ses pouvoirs aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tout

membre ou ancien membre du conseil de l'ordre ».

Il existe par ailleurs une compétence du bâtonnier pour résoudre les différends entre un avocat et son client portant sur les honoraires (8).

La première question qui s'est posée concerne la notion même d'« arbitrage ». L'arbitrage du bâtonnier prévu par les textes est-il un « vrai » arbitrage? On a pu parler à son propos d'arbitrage « forcé ». Il est aujourd'hui largement admis que nous ne sommes pas en présence d'un véritable arbitrage. En effet, l'institution arbitrale repose nécessairement sur un socle volontaire. Il ne peut donc y avoir d'arbitrage « forcé » (9). Dès lors que la loi elle-même prévoit le recours à un mode de règlement des différends, même si celui-ci est dénommé « arbitrage », il ne peut s'agir en réalité que d'une forme de juridiction d'exception (10). Ainsi, ledit « arbitrage » du bâtonnier n'en est pas un dès l'instant où la compétence de ce dernier résulte des textes régissant la profession d'avocat (et non d'un accord de volonté émanant des parties), la source de la compétence étant alors légale. Il est donc préférable de parler de « juridiction » du bâtonnier et non d'« arbitrage » du bâtonnier.

NOTES

(4) L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, JO janv. 1972.

(5) L. n° 2009-526, 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 12 mai; JCP G 2009, I, 295, n° 12, obs. S. Bortoluzzi, JCP G 2009, I, 369, n° 3, obs. Th. Clay.

(6) L. n° 2011-331, 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JO 29 mars, D. 2011, p. 3024, obs. Th. Clay; G. Samper-Le Breton, L'article 5 de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, Rev. arb. 2012, p. 222.

(7) G. Flécheux, L'arbitrage du bâtonnier. Un exemple d'arbitrage forcé, Rev. arb. 1990, p. 101; B. Moreau, L'arbitrage du bâtonnier,

La véritable question est ailleurs. Les textes relatifs à la compétence du bâtonnier organisent-ils une juridiction exclusive empêchant la stipulation de conventions d'arbitrage? Autrement dit, le faux arbitrage chasse-t-il le vrai? Cette interrogation n'est pertinente que si les parties à la convention d'arbitrage recourent aux services d'arbitres autres que le bâtonnier (par exemple par la stipulation d'une clause d'arbitrage institutionnel). La question est d'une grande importance pratique: si la compétence du bâtonnier prévue par les textes empêche l'arbitrage reposant sur une convention d'arbitrage, ce dernier verra son domaine particulièrement restreint. Ce serait spécifiquement le cas au regard de la formulation de l'article 21, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1971, qui vise « tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel ». L'extrême généralité de la rédaction permet en effet d'attribuer au bâtonnier la plupart des litiges entre avocats, sinon tous! Quid?

On a longtemps pensé que l'arbitrage du bâtonnier était obligatoire. C'est précisément à ce titre qu'on a parlé d'arbitrage « forcé ». Toutefois, la juridiction du bâtonnier n'empêche pas nécessairement la stipulation d'une convention d'arbitrage selon les conditions du droit

Rev. arb. 1993, p. 361; J. Villacèque, La juridiction du bâtonnier: une charge publique à parachever, D. 1997, chr., p. 305. Adde B. Vatier, Le bâtonnier dans tous ses états... Ou comment un arbitre de touche est également un arbitre de champ, in Mélanges J. Buffet, La procédure en tous ses états, Petites affiches, 2004, p. 445; A. Damien, Une procédure originale de règlement des conflits de travail entre avocats, l'arbitrage du bâtonnier, in Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1995, p. 63.

(8) D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, organisant la profession d'avocat, JO 28 nov., art. 174 et s.

(9) Rappelant ce principe, précisément à propos de l'arbitrage du bâtonnier, v. Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, D. 2006, p. 2079, note E. Rosenfeld.

(10) Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, n° 379, p. 390-391.

commun. Le droit positif est nuancé sur la question.

La jurisprudence tendrait plutôt à interdire l'arbitrage volontaire dans le domaine de la contestation des honoraires. Un arrêt de la cour d'appel de Paris va en ce sens (11). De même, la Cour de cassation a décidé que « les règles de l'arbitrage, interne ou international, prévues aux articles 1442 et suivants du Code de procédure civile ne s'appliquent pas aux contestations en matière d'honoraires d'avocat qui sont régies par les règles spécifiques, d'ordre public (...), l'article 176 de ce décret (du 27 novembre 1991) prévoyant que la décision du bâtonnier est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel » (12). Il en résulte pour la Cour que « la convention portant sur les honoraires en litige restait soumise aux règles des articles 174 et suivants du décret du 27 novembre 1991, de sorte que le recours contre la décision du bâtonnier les fixant était recevable ». Ce dernier arrêt se prononçait sur la portée d'une renonciation aux recours inscrite dans une convention d'honoraires conclue entre l'avocat et son client, renonciation tenue pour inefficace. Néanmoins, la généralité des termes employés par la Cour semble exclure toute convention d'arbitrage dans le domaine couvert, même dans le cadre d'un arbitrage international. Dans le même temps, la convention d'honoraires, en l'espèce, se référerait expressément à l'intervention du bâtonnier (en l'occurrence de Paris). La décision est aussi susceptible d'être interprétée comme empêchant la renonciation aux recours prévus par les textes, dès l'instant où le bâtonnier intervient conformément à ceux-ci. Dans tous les cas, l'efficacité d'une convention d'arbitrage conclue entre l'avocat et son client concernant un litige relatif aux honoraires est incertaine. Toutefois, en dehors du périmètre des textes relatifs à la contestation d'honoraires, rien ne s'oppose, au regard des règles applicables à la profession d'avocat, à la stipulation d'une convention d'arbitrage dans les relations entre l'avocat et son client (13).

À l'inverse, selon la jurisprudence, la convention d'arbitrage est permise s'agissant des litiges entre avocats. Une telle solution résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (14). Dans cette espèce, une clause compromissoire avait été intégrée dans les statuts d'un cabinet d'avocats anglais ayant des bureaux à Paris (clause faisant référence à un arbitrage en Angleterre). À propos d'un litige avec ledit cabinet concernant les conséquences de son départ, un avocat avait saisi le bâtonnier de Paris, qui se déclara incompétent. La Cour de cassation a décidé à ce propos que la clause compromissoire était « exclusive de l'application des dispositions de l'article 21 de la loi du 31 décembre 1971 attribuant compétence au bâtonnier ». Certes, en l'espèce, la cour d'appel avait jugé que rien ne permettait de retenir la compétence légale du bâtonnier de Paris car, au moment de la survenance du différend, la succursale du cabinet anglais (prenant la forme d'un *partnership*) n'était pas encore inscrite au barreau de Paris. Il reste que l'arrêt de la Cour de cassation est formulé de manière générale. La solution vaudrait très certainement dans les cas où les conditions de la compétence légale du bâtonnier sont réunies. Dès lors, suivant cette décision, il paraît parfaitement possible de conclure une convention d'arbitrage pour tous différends survenant

entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel. Le champ est par conséquent très vaste.

C'est dans cette perspective que le barreau de Paris a créé en 2013 un Centre de règlement des litiges professionnels (CRLP), qui ne se limite d'ailleurs pas par son objet aux seuls litiges concernant les avocats, mais a vocation à appréhender les litiges concernant les professionnels libéraux de manière générale (15). S'agissant des litiges concernant les avocats *stricto sensu*, l'article 1.1.IV de l'annexe XIX du règlement intérieur du barreau de Paris prévoit expressément que le centre est compétent pour administrer et conduire sous son égide « la juridiction du bâtonnier, en cas d'échec de la procédure de conciliation ou de médiation, et en l'absence de convention d'arbitrage valable ». De la même manière, le nouveau Centre de conciliation et d'arbitrage des professions libérales (CCAPL) est susceptible d'intervenir en la matière.

Certes, la Cour de cassation a déclaré que l'« arbitrage » du bâtonnier était « obligatoire » (16). Cela ne veut cependant pas dire que la stipulation de conventions d'arbitrage aux conditions du droit commun soit interdite. En effet, la compétence n'est exclusive qu'à l'égard des juridictions étatiques (17). Il n'est pas

NOTES

(11) CA Paris, 20 nov. 2000, Bull. inf. C. cass., 15 avr. 2001, n° 430: « Il résulte des dispositions des articles 174 et 175 du décret du 27 novembre 1991, auxquels renvoie l'article 66-6 de la loi du 31 décembre 1971, que les réclamations concernant le montant et le recouvrement des honoraires des avocats sont soumises au bâtonnier et que celui-ci ou le rapporteur qu'il désigne doit trancher le litige dans le délai de trois mois qui peut éventuellement être prorogé de trois autres mois. Ces textes excluent donc le recours à l'arbitrage en cette matière ».

(12) Cass. 2^e civ., 13 sept. 2012, Rev. arb. 2013, p. 393, 2^e esp., note B. Castellane.

(13) Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2016, Rev. arb. 2016, p. 636, au sujet d'une

clause compromissoire faisant référence à l'*American Arbitration Association* stipulée dans une lettre d'engagement. V. aussi Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2016, Rev. arb. 2016, p. 816, note L. d'Avout.

(14) Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, Rev. arb. 2015, p. 1102, note B. Castellane, Procédures 2014, comm. 268, obs. L. Weiller, rejet du pourvoi contre CA Paris, 30 janv. 2013, Cah. arb. 2013, p. 493, Gaz. Pal. 28-30 avr. 2013, n° 120, p. 18, obs. D. Bensaude.

(15) Règl. int. Barreau de Paris, ann. XIX et XXI.

(16) Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2016, n° 14-29.691.

(17) B. Castellane, note précitée sous Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, spécialement p. 1107.

possible de saisir une juridiction étatique à la place du bâtonnier dans la sphère de compétence de celui-ci. Il est en revanche logiquement possible de se passer de la juridiction du bâtonnier par la stipulation d'une convention d'arbitrage. Il y a lieu ici de faire application des principes de droit commun en matière d'arbitrabilité des litiges lorsque la compétence exclusive d'une juridiction est concernée (18).

S'agissant des litiges relatifs aux contrats de travail conclus par des avocats, rien non plus, à notre sens, ne s'oppose, au regard de la loi du 31 décembre 1971, à la stipulation de conventions d'arbitrage. La juridiction du bâtonnier déroge à celle du conseil de prud'hommes, mais logiquement n'empêche pas l'arbitrage. C'est le droit commun qui doit s'appliquer, avec la possibilité cependant que l'avocat salarié se prévale de l'inopposabilité de la clause compromissoire conformément aux acquis de la jurisprudence (19).

Une question se pose alors : pourquoi choisir un arbitrage conventionnel plutôt que la juridiction du bâtonnier ? À vrai dire, l'arbitrage de droit commun partage avec la juridiction du bâtonnier des avantages communs. L'intervention du bâtonnier permet d'éviter que les litiges concernant les avocats ne soient jugés par des juges étatiques devant qui ils plaident régulièrement, ce que permet également l'arbitrage. La confidentialité (et donc le secret professionnel) est dans tous les cas préservée, que l'on soit devant le bâtonnier ou devant un arbitre. La compétence du bâtonnier a pour avantage de juger les litiges conformément aux pratiques et règles déontologiques, ce qu'autorise aussi l'arbitrage dès l'instant où des avocats (en exercice ou honoraires) sont choisis comme arbitres. Les avantages étant similaires, la stipulation de conventions d'arbitrage pourrait même se révéler incongrue, car l'intervention du bâtonnier est gratuite, au contraire de l'arbitrage de droit commun ! Pour autant, l'opportunité de stipuler des conventions d'arbitrage demeure et renvoie à tous les avan-

tages connus de l'institution. Spécialement dans le cadre d'un exercice international de la profession, le recours à l'arbitrage est précieux (de manière à ne pas être jugé selon des règles seulement françaises). De même, l'avantage d'un arbitrage en amiable composition est ici grand : un arbitre ayant les pouvoirs d'amiable compositeur a la possibilité de tenir compte des pratiques, des habitudes de la profession, de l'esprit qui doit présider à la réalisation de telle ou telle opération, etc. L'arbitrage permet en toute hypothèse de construire une justice sur mesure, apte à répondre aux spécificités de la profession.

Une conséquence concrète découle du recours à l'arbitrage de droit commun. Dès lors que les parties ont conclu une convention d'arbitrage, c'est le régime du Code de procédure civile qui s'appliquera aux voies de recours contre la sentence, et non celui de la loi du 31 décembre 1971 (20) (21).

II - LES AUTRES PROFESSIONS LIBÉRALES

Prenons trois exemples de professions libérales : les experts-comptables, les médecins et les architectes.

S'agissant des experts-comptables, le décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise-comptable (22) contient des dispositions relatives à la conciliation et à l'arbitrage (logées dans la partie portant code de déontologie). En substance, peuvent être soumis à l'arbitrage les litiges entre

un expert-comptable et son client (notamment à propos des honoraires) ou bien les litiges entre experts-comptables (23). L'arbitrage est porté devant le président du conseil régional de l'ordre des experts-comptables. Il ne s'agit pas d'un arbitrage obligatoire. Si la possibilité d'un arbitrage est prévue par les textes, encore faut-il que les parties au litige acceptent cette issue. C'est pourquoi l'article 160 du décret pose la nécessité d'un accord des deux parties. Celui-ci peut résulter d'une clause compromissoire. La jurisprudence donne des exemples de stipulations d'une telle clause (24). Il peut aussi résulter d'une déclaration d'acceptation de l'arbitrage après la naissance du litige (25). Rien n'empêche, à notre sens, de stipuler une convention d'arbitrage prévoyant une procédure en dehors du périmètre d'intervention de l'ordre régional des experts-comptables. La jurisprudence est muette sur cette question. Dans le même temps, rien dans les textes ne l'interdit. La convention d'arbitrage renvoyant à un centre d'arbitrage privé est valable au nom de la liberté contractuelle. Il en va autrement, mais en vertu du droit commun, si l'une des parties est salariée. Les fameux arrêts ayant, d'une part, déclaré inapplicable aux litiges du travail le principe compétence-compétence et ayant, d'autre part, jugé inopposable au salarié la clause compromissoire ont en effet été rendus dans le cadre de contrats conclus dans le secteur de l'expertise-comptable (au sein du cabinet Deloitte, précisément) (26).

NOTES

- (18) J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999, p. 48 et s.
 (19) Cass. soc., 30 nov. 2011, et CA Paris, 10 janv. 2012, Rev. arb. 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto.
 (20) Sur lequel, v. Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2017, D. 2017, p. 1254.
 (21) V. en matière interne, CPC, art. 1489, interdisant l'appel, sauf stipulation contraire.
 (22) D. n° 2012-432, 30 mars 2012, JO 31 mars.
 (23) D. n° 2012-432, 30 mars 2012, art. 159 et s.
 (24) CA Paris, 3 sept. 2013, n° 12/08610, inédit ; CA Paris, 2 juin 2015, n° 14/13580, inédit ; CA Paris, 24 mai 2016, n° 15/17963, inédit.
 (25) V. la procédure mise en place par l'ordre Paris Ile-de-France (<http://www.oec-paris.fr/conciliation-arbitrage--2315>).
 (26) Cass. soc., 30 nov. 2011, précité, et CA Paris, 10 janv. 2012, précité.

S'agissant des médecins, les textes organisant la profession sont muets quant à l'arbitrage. Ils prévoient seulement une tentative de conciliation dans les rapports entre médecins (27). En cas d'échec, les parties peuvent se retourner vers la justice étatique ou bien vers l'arbitrage (28). Il existe à cet égard une pratique véritable de l'arbitrage dans les relations entre médecins (29). L'arbitrage est à ce titre approprié : il est confidentiel ; il permet de désigner des arbitres eux-mêmes médecins (et donc avisés des pratiques du métier) ; il conduit à une prise en compte attentive des règles déontologiques. Notons l'existence de la Chambre nationale d'arbitrage des médecins (en lien avec le Conseil national de l'ordre des médecins). Cette institution dispose d'un règlement d'arbitrage et d'une liste d'arbitres (sur laquelle figurent soit des médecins, soit des avocats). Ajoutons également l'existence de la Chambre de médiation et d'arbitrage du Conseil national des chirurgiens-dentistes. La profession vétérinaire avait mis en place une chambre d'arbitrage (la Chambre nationale d'arbitrage vétérinaire - CNAVET), mais celle-ci a été dissoute en 2011. Là encore, rien dans les textes relatifs à l'organisation des professions médicales ne s'oppose à la stipulation de conventions d'arbitrage (*ad hoc* ou institutionnel). S'agissant des architectes, les textes ne prévoient que des cas de tentatives de conciliation. L'article 25 du Code des devoirs professionnels des architectes impose une tentative préalable de conciliation devant le conseil régional de l'ordre pour les litiges entre architectes « concernant l'exercice de la profession ». La tentative de conciliation est facultative dans les litiges entre les architectes et leurs clients (30). Pour le reste, aucune mention de l'arbitrage n'est présente dans les textes relatifs à l'organisation de la profession. La liberté de recourir à l'arbitrage est donc totale. Il convient à cet égard de remarquer que le recours à l'arbitrage est particulièrement fréquent dans les opérations de construction internationales (31).



Finalement, les rapports entre arbitrage et professions libérales peuvent se résumer à trois idées-forces :

- l'arbitrage est un mode particulièrement approprié de résolution des différends au sein d'une profession libérale. Il permet une justice « entre soi ». On voit le lien avec le pluralisme juridique. Les professions organisées en ordre secrètent leur propre normativité (essentiellement la déontologie). L'arbitrage, par sa nature, est un relais privilégié de normes autoproduites (à titre de parallèle, il est la justice par excellence des commerçants, et donc des usages et pratiques suivis par eux) ;
- les professions libérales ont pour la plupart des mécanismes propres de résolution des litiges, soit prévus par les textes régissant la profession (ex. : avocat), soit mis en place par la profession elle-même (ex. : médecins). C'est le besoin d'une justice organisée en dehors des canaux « classiques » ;

- mis à part les litiges entre avocats et clients en matière de contestation d'honoraires où les solutions sont incertaines, rien ne doit a priori empêcher, dans le cadre de la réglementation professionnelle, le recours à l'arbitrage de droit commun en dehors des systèmes de résolution des litiges mis en place.

NOTES

- (27) C. santé publ., art. R. 4127-56 : « Les médecins doivent entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité. Un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre. Les médecins se doivent assistance dans l'adversité ».
 (28) A. Laude, L'arbitrage en matière médicale, Dr. & patr. 2002, n° 104, p. 80.
 (29) Par exemple, v. CA Aix-en-Provence, 24 janv. 2017, n° 16/11136, inédit.
 (30) V. Règl. int. ordre des architectes, art. 64.
 (31) V. Conditions FIDIC.

POUR UN RENOUVEAU DES USAGES DE LA PROFESSION D'AVOCAT

LES USAGES DE L'AVOCAT SEMBLANT OSTRACISÉS. LA VOIE RETENUE FAIT PRÉVALOIR UNE CERTAINE FORME DE DÉFIANCE ENVERS CETTE PROFESSION LIBÉRALE ET INTERROGE L'IDENTITÉ DE L'AVOCAT. UN RENOUVEAU NOTIONNEL ET FONCTIONNEL DES USAGES DOIT ÊTRE PROPOSÉ.



PAR KEVIN MAGNIER-MERRAN, MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE LORRAINE

« L'avocat est aujourd'hui un homme nouveau et un héritier » (1). L'homme de parole en même temps que de confiance, héritier de l'usage et s'en servant traditionnellement comme boussole comportementale, est devenu, aussi, un agent économique. Le constat est objectif, la massification de la profession, en même temps que son ouverture à la logique du marché (2), ont entraîné l'idée d'une « grande transformation des avocats » (3). Devant la vitrine de la modernité et des innovations des « start-uppers juridiques », certains plaident pour une adaptation urgente de la profession. L'avocat devrait, puisque sa disparition est d'ores et déjà annoncée (4), sortir du carcan de la nature libérale de sa profession pour commercer, de manière assumée et transparente. L'étude des règles de la profession, l'analyse de leur méthode de

confection, de plus en plus verticale, témoignent déjà d'un effacement de son caractère libéral. Pourtant, l'adjectif « libéral » peut s'entendre de manière positive, comme contenant une visée éthique (5) pouvant s'enrichir au besoin par le passage par la norme et reposant sur des comportements reflétant une sagesse pratique. Mais la voie retenue, unificatrice à l'excès, fait prévaloir une certaine défiance envers la profession libérale et préfère sacraliser la norme écrite au détriment de la confiance pouvant être faite dans le comportement du professionnel, rognant ainsi sa liberté. Ce mouvement dont

on garde le mince espoir qu'il ne devienne pas irréversible interrogera aussi l'indépendance de l'avocat et sa fonctionnarisation progressive; d'un mot, son identité. Il nous est apparu que les usages de l'avocat, qui bénéficièrent longtemps du sceau de l'exclusivité en matière de déontologie et qui semblent à présent délaissés pour de mauvaises raisons, devaient constituer le prisme de cette réflexion. Ils constitueront, peut-être, demain, le vent de liberté qui ne souffle plus assez fort sur la profession d'avocat. Cela n'est possible qu'à deux conditions. Il faut en entendre le sens (I) et leur redonner leur fonction (II).

NOTES

(1) Y. Ozanam, Histoire des avocats, in B. Beigner et J. Villacèque (dir.), Droit et déontologie de la profession d'avocat, LGDJ-Gazette du Palais, 2^e éd., 2016, p. 13.
(2) O. Favereau (dir.), Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand, rapport CNB, 2008, Gazette du Palais-Lextenso, 2009; C. Bessy, L'organisation des activités des avocats entre monopole et marché, LGDJ, 2015.
(3) T. Wickers, La grande transformation des avocats, Dalloz, 2014.

(4) R. Susskind, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, Oxford University Press, 2008.
(5) Paul Ricœur définit la visée éthique à travers le triptyque suivant: souci de soi, souci de l'autre, souci de l'institution. Il doit être précisé que, dans cette logique, le soi ne revient pas au « moi » mais à l'estime, au « respect pour le niveau moral, déontologique de notre investigation ». V. en particulier, P. Ricœur, Soi-même comme un autre, Seuil, 1990.

I - POUR UN RENOUVEAU NOTIONNEL DES USAGES DE L'AVOCAT

Le lien entre usages et profession libérale est par nature fécond (A). S'il s'est marginalisé (B), il reste néanmoins vivant (C).

A - LES USAGES ET LA PROFESSION LIBÉRALE: UN RAPPORT VERTUEUX

Une profession libérale se compose normalement de membres pouvant s'estimer en capacité d'agir, en droit de préférer telle option à telle autre mais également en droit d'introduire des nouveautés dans le cours des événements, parce que leurs actions comprennent *a priori* une visée éthique. Précisément, les usages professionnels désignent des « comportements, qui, en raison de certaines de leurs qualités objectives et subjectives, bénéficient d'une force normative » (6). Le rapport établi entre usages et professions libérales est riche de sens. Intrinsèquement lié à la nature libérale de la profession, le comportement répété constitue la « force d'où surgit » l'usage. La logique est à préserver en ce qu'elle laisse intacte la sphère de liberté du professionnel qui, parce qu'il aura eu un comportement donné dans une certaine situation, continuera à l'observer spontanément (7). La prise en compte des comportements, comme indicateurs de la norme et révélateurs de l'usage, offre aussi la possibilité de maintenir des solutions concrètes et adaptées à la profession. Elle est, en outre, la garantie que la visée éthique d'un comportement peut passer par le crible de la norme et du pouvoir sanctionneur attaché à la méconnaissance d'un usage.

B - LES USAGES ET LA PROFESSION D'AVOCAT: UN RAPPORT MARGINALISÉ

Ce rapport vertueux n'a pourtant plus cours. Il convient en effet de rapporter le constat d'une entreprise de reflux des usages. La profession d'avocat est entrée depuis longtemps dans une tradition du formalisme. Cette position implique la mise hors-jeu des usages en ce qu'ils

peuvent révéler des volontés plus diverses. Cela non car ils seraient de fait mauvais, mais parce qu'ils ne permettent pas d'atteindre l'idéal d'autonomie et d'autolégislation désiré par les instances représentatives du barreau. Les ouvrages les plus autorisés en donnent d'autres justifications. Ainsi peut-on lire que « l'usage ancien ne suffit plus à régir la profession du seul fait de son antiquité, il lui faut être considéré comme nécessaire et salutaire par la profession » (8). La thèse se discute, en ce que, par définition, l'usage est considéré comme nécessaire et salutaire par la profession, sans quoi il n'existerait pas au plan normatif. Nous préférons, comme d'autres (9), croire que les usages ont formé le premier liquide déontologique avant leur dilution dans une *lex privata* institutionnalisée.

C - LES USAGES ET LA PROFESSION D'AVOCAT: UN RAPPORT VIVANT

L'étouffement des usages n'est heureusement pas total. Le maintien d'un flux parcellaire des usages est perceptible à plusieurs niveaux. Leur présence témoigne de leur fonction essentielle: non pas remplacer le droit positif actuel mais le compléter. Cette fonction complétive n'est autorisée qu'à condition que l'usage puisse être prouvé. La presse généraliste a récemment rendu compte d'un différend qui oppose l'actuel bâtonnier élu de l'ordre des avocats de Paris à maître Jean-Louis Bessis, ancien candidat au bâtonnat. Dans un communiqué du 27 juillet 2017, le bâtonnier élu a notamment écrit:

« Contrairement aux usages de la profession, qui excluent toute rémunération pour l'établissement d'un rapport destiné au conseil de l'ordre, et en dépit de l'absence de l'obtention de la condition suspensive de l'accord du conseil de l'ordre, M. Jean-Louis Bessis sollicite le versement de plusieurs centaines de milliers d'euros ». À ce sujet, le professeur Pierre Mousseron s'interroge à la fois sur le champ d'application et le contenu de cet usage, dont la trace ne semble pas évidente (10). Il faut dire d'emblée que la recherche en la matière n'est pas aisée. Nombreux sont les manuels de déontologie de la profession d'avocat qui ne réservent aucune place aux usages au sein des index, les solutions jurisprudentielles ou les avis déontologiques rendus aux vises des usages se font également plus rares: une épuration juridique des usages professionnels semble bien entamée. Des îlots de résistance, au premier chef desquels on trouve l'Institut des usages, s'efforcent de poursuivre une recherche et une systématisation autour de cette notion. Sans en faire le complet référencement, on peut distinguer les usages processuels des usages substantiels.

Au titre des usages processuels, le bâtonnier Taisne rapporte que si deux confrères se croisent à la porte du Palais, celui qui est en robe a priorité de passage sur celui qui est en civil. Aussi ne convient-il pas de plaider avant le bâtonnier en exercice. L'auteur poursuit en énonçant que ces usages présentent un caractère obligatoire pour l'avocat qui doit s'y conformer. Il conclut en les distin-

NOTES

(6) V. en particulier, P. Mousseron, Les usages: l'autre droit de l'entreprise, LexisNexis, 2014, p. 3.
(7) V. en particulier, P. Deumier, Le droit spontané, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, spécialement n° 430: « Il s'agit d'un droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe ».

(8) H. Ader et A. Damien, Règles de la profession d'avocat, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 15^e éd., 2016, p. 47.
(9) V. sur cette question, R. Encinas de Munagorri, Les sources positives de la déontologie à propos des avocats, RTD civ. 2007, p. 67.
(10) P. Mousseron, Du rîfifi à l'ordre des avocats de Paris, Alerte août 2017, n° 2, <http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/alerte-aout-2017-n-2-du-rififi-l-ordre-des-avocats-de-paris>.

quant des règles de bienséance (11), car ne pas s'y conformer « c'est enfreindre une obligation du Palais » (12). Au plan processuel encore, il a été précisé par le Conseil national des barreaux (CNB) que « l'usage et les traditions du barreau français font que tous les courriers échangés entre le bâtonnier et un membre de son barreau sont couverts par la confiance » (13). On notera sur ce point que la tradition se distingue difficilement de l'usage en ce qu'elle peut comporter aussi un effet contraignant indirect. Par exemple, la tradition parisienne est de ne pas autoriser le successeur à agir en responsabilité civile professionnelle à l'encontre du prédécesseur, la richesse du barreau permettant au justiciable de choisir sans difficulté le conseil qui l'assistera pour ces procédures spécifiques et au nouveau conseil désigné de respecter le principe essentiel de la délicatesse (14). Toujours au titre des usages processuels, deux avis rendus par la commission de déontologie du barreau de Paris nous renseignent sur les « mentions d'usage » à faire figurer dans les courriers adressés par l'avocat directement à la partie adverse, sans l'intermédiaire de son conseil. Ainsi, toute lettre faite directement à la partie adverse, en l'absence de constitution de conseil connue, doit comporter la mention d'usage invitant son destinataire à prendre attache avec un conseil de son choix (15). De la même manière, l'avocat qui, dans le cadre d'un litige portant sur un téléchargeement illégal d'œuvres par le biais de réseau « peer to peer », intervient directement auprès de la partie adverse, en évoquant les sanctions de l'article 335-4 du Code de la propriété intellectuelle, doit procéder au rappel de l'existence de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) et à la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée (16). C'est ensuite au sujet des communications et interventions publiques de l'avocat qu'une disposition spécifique au barreau de Paris prévoit que « l'avocat est tenu d'observer les devoirs que lui imposent les règles, traditions et usages professionnels, notamment envers les magistrats, les membres du barreau et les clients » (17).

Les usages substantiels s'avèrent tout aussi vivaces. Deux exemples viendront l'illustrer. D'abord, le règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) dispose en son article 15 que l'avocat inscrit au tableau de l'ordre doit exercer effectivement sa profession dans le ressort du barreau et, en conséquence, disposer d'un cabinet conforme aux usages et permettant l'exercice de la profession dans le respect des principes essentiels. Au sujet de la domiciliation, un avis de la commission de déontologie du barreau de Paris s'avère tout à fait original au plan de la distinction entre un manquement à la règle déontologique et aux usages. La commission décide qu'en s'abstenant de disposer d'un domicile professionnel dans Paris intra-muros, comme le lui impose le règlement intérieur, et en n'ayant conservé qu'une domiciliation pour recevoir son courrier, l'avocat commet un manquement déontologique. Mais de plus, en s'abstenant d'informer le conseil de ce qu'il n'exerçait plus à la seule adresse parisienne connue de la direction de l'exercice professionnel, il commet un manquement distinct aux usages. Une confirmation que les usages existent bel et bien en dehors de la seule sphère réglementaire et qu'ils s'en distinguent !

Ensuite et surtout, c'est la matière des honoraires de l'avocat qui continue à entretenir un lien tout particulier avec les usages. On pourrait d'abord croire à leur recul

en ce domaine. En effet, la loi « Macron » du 6 août 2015 (18) est venue modifier l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (19) afin de rendre obligatoire l'établissement d'une convention d'honoraires écrite entre l'avocat et son client. C'est dans ce contexte que le CNB a décidé de mettre en conformité l'article 11 du RIN relatif aux honoraires. Il s'agissait, notamment, de supprimer les termes de l'article 10, à savoir : « À défaut de convention entre l'avocat et son client, les honoraires sont fixés selon les usages (...) ». Dès lors, l'option n'est plus permise par la loi. Il est vrai que l'on pourrait s'attendre sur ce point au reflux d'un contentieux abondant sur la détermination des honoraires par les usages en l'absence d'une convention d'honoraires (20). Toutefois, ce serait aller un peu vite en besogne. D'abord, il existe des exceptions à l'obligation préalable de convention d'honoraires écrite. Il en va, pour ce qui nous intéresse, de l'urgence et de la force majeure (21) qui justifient l'absence de conclusion préalable d'une telle convention. Mais il faudra bien dans ce cas fixer les honoraires de l'avocat, ce à quoi répond encore l'article 11.2 du RIN qui convoque toujours les usages au titre de cette détermination. Ensuite, on ne sait rien des conséquences de l'absence de convention d'honoraires, y compris lorsqu'elle est obligatoire. Une interprétation par analogie est sans doute permise. La cour d'appel de

Toulouse, dans un arrêt rendu, relativement à l'ancienne obligation spécifique de signer une convention d'honoraires en matière de divorce, a pu considérer que l'obligation de conclure cette convention n'était sanctionnée par aucune disposition (22). Elle en a déduit qu'en l'absence de convention d'honoraires, il y avait lieu de fixer ceux-ci conformément aux critères mentionnés à l'article 10 dont on sait qu'il fait référence explicite aux usages. Or, la nouvelle rédaction de l'article 11 du Règlement intérieur national prévoit simplement, après avoir rappelé le principe de l'obligation de convention d'honoraires, que : « les honoraires sont fixés » en fonction de ces mêmes critères et notamment des usages, et ce sans préciser l'incidence d'une absence de toute convention. Il reviendra à la jurisprudence de déterminer l'impact de cette obligation (23), en considérant que la convention est exigée *ad validatem* ou *ad probationem*. Nous sommes d'avis qu'une exigence *ad validatem* s'avérerait excessive, l'avocat pouvant d'ores et déjà être sanctionné à l'issue d'un contrôle de la DGCCRF quant à l'inexécution de cette obligation de convention d'honoraires. Aussi, cela aurait pour signification discutable que la rémunération de l'avocat est davantage la contrepartie à la rédaction d'une convention d'honoraires écrite que la contrepartie d'un travail et d'un service rendu. La science du formalisme doit pouvoir trouver ses limites. Les usages garderaient ainsi une incidence particulière, substituant ainsi l'absence de convention d'honoraires.

Mais cette incidence n'est possible qu'à une seconde condition. Il faut redonner leur fonction première aux usages, en décentralisant leur appréhension (II).

II. POUR UN RENOUVEAU FONCTIONNEL DES USAGES DE L'AVOCAT

La fonction des usages est en l'état actuel niée (1°) alors que des relais pourraient permettre de leur redonner leur rôle initial (2°).

A - UNE DÉRIVE FONCTIONNELLE

Le législateur a confié le soin au Conseil national des barreaux d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat (24). On appréciera qu'en apparence, la distinction opérée entre règles et usages semblent laisser intacts ces derniers. On regrettera, en réalité, que la mission même du Conseil consiste en une entreprise rendant difficile à long terme, la survie effective des usages. Réunir ce qui est éparé n'est pas en soi blâmable, sauf à ce que cette réunion mène à l'effacement des diversités. L'œuvre unificatrice pourrait buter, fort heureusement, sur les traditions de la profession, réserve émise par le Conseil d'État (25). Cette même juridiction a néanmoins estimé que les dispositions confiant un certain nombre de compétences aux différents ordres locaux (dont on espère qu'ils ne deviendront pas à terme, des chambres d'enregistrement) n'ont ni pour effet ni pour objet de faire obstacle à ce que le Conseil national des barreaux puisse imposer à l'ensemble des barreaux (26) une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre eux, voire, élaborer une règle différente (27). En vertu de la hiérarchie des normes, ces décisions normatives s'imposeront à l'ensemble des avocats sur le territoire national sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient transposées dans le règlement intérieur des barreaux locaux. Le Conseil national des barreaux est bel et bien un ordre national qui ne dit pas son nom (28).

La portée de cette codification des usages des professions juridiques est d'autant plus préoccupante

qu'elle peut être exagérée par la Cour de cassation, lorsqu'elle en est saisie. Par exemple, aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, « la chambre des notaires a pour attributions : - d'établir, en ce qui concerne les usages de la profession et les rapports des notaires tant entre eux qu'avec la clientèle, un règlement qui sera soumis à l'approbation du garde des Sceaux, ministre de la Justice (...) ». La conséquence de cette codification n'est pas mesurée par la Cour. Dans une espèce où un notaire avait omis d'exiger un chèque de banque pour un versement supérieur à 15000 euros, en violation d'une circulaire édictée par le conseil régional des notaires, ce dernier fit l'objet d'une sanction disciplinaire prononcée par la chambre régionale de discipline des notaires au visa de ladite circulaire. Le notaire contestait la faculté pour la chambre de prononcer une telle sanction. La Cour de cassation a entendu l'argument et invalidé la sanction en affirmant que « seuls les usages mentionnés au règlement approuvé par le ministre de la Justice ont force obligatoire » (29). Comme le souligne le Professeur Mousseron à propos de cette décision, « exiger des usages qu'ils soient mentionnés revient en effet à les ignorer. L'usage se définit comme une règle découlant de la généralisation d'un comportement. La solennisation des usages à laquelle procède la cour s'oppose à leur inhérente spontanéité » (30). La crainte d'un raisonnement par analogie à propos du rôle du Conseil national des barreaux est dès lors permise. Demain, que fera-t-on de tous les usages non mentionnés par

NOTES

(11) On peut citer au titre des règles de bienséance l'article 1^{er} bis du RIN : « En application du principe de courtoisie, l'avocat doit, lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son barreau, se présenter au président et au magistrat du ministère public tenant l'audience, au bâtonnier et au confrère plaçant pour la partie adverse ».
(12) J.-J. Taisne, La déontologie de l'avocat, Dalloz, 9^e éd., 2015, p. 41.
(13) CNB, avis de la commission des règles et des usages, 18 nov. 2004.
(14) Bull. Barreau de Paris, 2002, n° 10, p. 40.

(15) Comm. déont. barreau Paris, avis n° 183/23.7124, 20 juin 2012.
(16) Comm. déont. barreau Paris, avis n° 183/22.7756, 27 mars 2012.
(17) Règl. int. barreau de Paris, P.10.0.1.
(18) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août.
(19) L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, JO janv. 1972.
(20) Pour un aperçu du contentieux relatif à la matière, v. le site Internet de l'Institut des usages, rubrique « Professions libérales » : <http://www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/avocats>.
(21) Art 11.2 du RIN.

NOTES

(22) Toulouse, 20 juill. 2015, RG n°15/01433.
(23) On sait que l'absence de convention d'honoraires en matière d'honoraires de résultat est sanctionnée traditionnellement par l'absence de toute droit à honoraire de résultat (Civ. 1^{re}, 26 mai 1994, D.95.169, obs. A. Brunois).
(24) L. 31 dec. 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 févr. 2004.

(25) CE, 29 janvier 2014, n° 366083.
(26) Nous soulignons.
(27) CE, 15 mai 2013, n° 342500.
(28) H.Ader, A.Damien, Règles de la profession d'avocat, ouvrage précité, p. 63.
(29) 1^{ère} civ. 20 septembre 2012, n° 11-16.402.
(30) V. Les usages : l'autre droit de l'entreprise, sous la dir. de P. Mousseron, ouvrage précité, p. 76.

le Conseil? Aussi, c'est méconnaître le sens profond d'une codification et du rôle de complément joué par les usages. C'est estimer arbitrairement que la seule règle de droit qui vaille est la règle écrite, là où des comportements, a fortiori dans une profession libérale, sont au fondement de la règle, l'écrit ne venant que parachever et sécuriser l'expression d'une norme préexistante en prouvant son existence. C'est enfin faire le pari d'une codification autosuffisante et d'un droit étroit, basé uni-

quement sur un type de normes prédéfinies.

B - DES RELAIS OPÉRATIONNELS

Surtout, cette méthode de confection de la norme professionnelle témoigne d'une forme d'impuissance. La tentative de nationalisation des usages n'enlèvera rien aux particularismes ancrés et actifs puisque précisément, l'usage est une norme particulière, dont la disparition suit un processus qui lui est propre. Tou-

tefois, deux processus sont à craindre et doivent nous alerter sur les formes de régulation existantes à propos des usages. Le premier est un processus de suppression. Fort de ses pouvoirs, le Conseil national des barreaux peut tout à fait assumer le rôle d'une autorité qui, de manière unilatérale, décide de la suppression d'un usage. Il faudra alors compter sur des recours armés du poids de la tradition pour y faire échec ou sur la permanence des comportements, en dépit d'une mesure prise par cette institution qui resterait alors lettre morte. Le second est un processus de conversion massif des usages par voie réglementaire, doublé d'une non-reconnaissance de toute autre norme comme pourraient l'être les usages survivants. L'argument avancé pour justifier cette entreprise est connu : les usages, souvent oraux, seraient un facteur d'insécurité juridique. Mais vaut-il mieux la dictature d'une règle écrite à la recherche et à la révélation, certes plus ambitieuse, d'usages fonctionnels, propres à suggérer des solutions basées sur des comportements et non sur des fictions? Cette ambition est affichée par l'Institut des usages (31) mais également par le tout récent Centre de Conciliation et d'Arbitrage des Professions Libérales. De telles institutions participent et participeront à la recherche et à la révélation des usages, pour leur donner la place qu'ils méritent. Car, de l'aveu des spécialistes, « s'il saute aux yeux que les décrets relatifs à la profession sont de plus en plus longs, il reste que les cas de conscience de l'avocat demeurent aussi difficiles que par le passé à résoudre faute de toujours trouver une solution évidente » (32). Le recours aux usages n'est donc pas à condamner.

NOTES

(31) V. notamment l'avis n° 2016-10-1 rendu par l'Institut, sur l'existence d'usages relatifs à l'exigibilité des honoraires de résultat en matière d'arbitrage international : <http://www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/liste-des-avis>.

(32) J.-J. Taisne, *La déontologie de l'avocat*, ouvrage précité, p. 44.



ARBITRAGE ET PROFESSIONS LIBÉRALES: PROPOS CONCLUSIFS



PAR CYRIL NOURISSAT,
PROFESSEUR AGRÉGÉ
DES FACULTÉS DE DROIT,
DIRECTEUR DU CREDIP
(EDIEC - EA 4185),
UNIVERSITÉ DE LYON

Il est temps de clôturer cette matinée riche en contributions de qualité. Ce temps, c'est celui de la synthèse. Traditionnellement, l'auteur de la synthèse débute son intervention en remerciant les organisateurs, en évoquant un souvenir personnel qui l'attache aux lieux où se tient le colloque (ce que l'âge venant, il est de plus en plus aisé de faire...) et en précisant qu'il ne saurait reprendre les propos des autres intervenants car il le fera forcément moins bien qu'eux avec le risque de trahir leur pensée par définition subtile, très subtile. Et parfois trop subtile... Et de renvoyer alors l'auditoire aux actes qui seront naturellement publiés avant que de se livrer à quelques observations personnelles.

Étant affreusement classique, un tel propos sera tenu non sans cependant tenter de nourrir ces quelques réflexions conclusives, modestes et rapides, des remarques, analyses et suggestions qui ont été livrées par les brillants orateurs qui ont précédé.

Chacun sait ici les raisons qui ont conduit à la tenue de cette mani-

festation : la création du Centre de conciliation et d'arbitrage des professions libérales (CCAPL) dont nul ne doute qu'il est promis à un avenir certain. Rappelons son objectif : « régir par des moyens extra-judiciaires les différends qui pourraient surgir entre les professions libérales », étant pris acte du développement de l'interprofessionnalité ainsi que de l'internationalisation croissante des regroupements professionnels. Et de mettre en avant le fait que l'arbitrage « présente le triple avantage de la rapidité, de la possibilité du recours à des juges très spécialisés et de la souplesse de la procédure ».

Dans une forme de slogan, conforme à l'air du temps, nous voici résolument en marche vers l'arbitrage pour les professions libérales!

Chacun l'aura remarqué, toutes les interventions ont insisté sur l'originalité de l'arbitrage, et ce, qu'on envisage les ordres professionnels, les réglementations professionnelles et/ou déontologiques, les questions entrepreneuriales ou les questions sociétaires. Et tous les orateurs ont bien montré comment l'arbitrage, pour original qu'il soit lorsque la profession libérale paraît, n'en est pas moins un mode adapté de règlement des litiges qui peuvent naître pour les professions libérales, c'est-à-dire les litiges entre les professions libérales elles-mêmes, les litiges entre

les professions libérales et leurs clients. Pierre Mousseron a ainsi identifié certains avantages, par exemple en matière d'évaluation des droits sociaux quant à la possibilité d'échapper à l'article 1843-4 du Code civil. Jean-Pierre Viennois a illustré le propos quant aux questions entrepreneuriales. Les contributions de François Violla et de Jean-Baptiste Racine l'ont décliné respectivement pour les médecins (et l'ordre national au travers de la Chambre nationale d'arbitrage des médecins), les avocats (et les barreaux au travers de l'arbitrage du bâtonnier).

Ce constat formulé, ne faudrait-il pas renverser la perspective et s'interroger sur le fait de savoir si l'arbitrage peut se concilier avec l'originalité des professions libérales? Il ne s'agit pas là d'un effet de manche, d'une posture empruntée à la démarche paradoxale que chérissent généralement les universitaires pour tenter de capter l'attention de leur auditoire. Il s'agit, plus fondamentalement, de vérifier que l'arbitrage, dont il a longtemps été considéré par le législateur français (ou plus exactement par le pouvoir réglementaire) qu'il devait être réservé aux commerçants pour l'élargir, en 2001 seulement, aux professionnels et l'ouvrir enfin à tous fin 2016 à la faveur de la loi « J21 », est aussi pleinement adapté au règlement des différends des professions libérales.

Dit autrement et plus simplement si l'arbitrage est fait pour les professions libérales, les professions libérales sont-elles faites pour l'arbitrage ?

M'intéressant de très longue date aux professionnels libéraux et à leurs relations avec certaines branches du droit dont ils pourraient paraître assez éloignés a priori (de manière générale au droit européen du marché et notamment au droit de la concurrence qui étaient au cœur d'une thèse soutenue il y a maintenant bien longtemps), conviction est acquise qu'il convient de se méfier de la tendance qui marque ces professions à hypertrophier leurs spécificités en autant de dérogations ou d'exclusions par rapport au droit commun. La soumission aux règles du marché sert alors de « révélateur » (au sens chimique du terme) de l'originalité des professions libérales, permettant de faire le départ entre ce qui en est consubstantiel – et donc essentiel – et ce qui relève du corporatisme dans l'acception négative du mot. Il semble alors possible de souligner que l'originalité des professions libérales peut faire corps sans trop de difficulté avec la malléabilité inhérente au droit arbitrage et dont la raison d'être procède avant tout de sa nature contractuelle, ce qui est le gage de son adaptation aux spécificités, supposées ou avérées, des professions libérales.

À la faveur d'une étude de longue haleine publiée il y a dix ans et réalisée avec les professionnels libéraux d'horizons très divers autour du sujet de leur soumission au droit du marché européen (1), ceux-ci ont réfléchi à ce qui peut dessiner l'originalité commune des professions libérales, qu'on les envisage tant en France que dans les autres États membres de l'Union européenne, qu'on envisage l'architecte, le notaire, le médecin, l'avocat ou l'expert-comptable... Cette quête d'unité dans la diversité a conduit à caractériser l'existence de valeurs fondamentales non économiques propres, communes à tous les professionnels libéraux, socle de la profession libérale; valeurs que le mar-

ché ne saurait ignorer, sauf à porter la responsabilité de la disparition corps et âmes de cette catégorie d'opérateurs économiques. Des valeurs fondamentales qui d'ailleurs sont régulièrement mentionnées dans le serment qui accompagne souvent l'accès à l'exercice libéral. On doit souligner que la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît ces valeurs (du moins à certaines d'entre elles) au travers de ce que l'on appelle aujourd'hui l'exception « Wouters » en matière de mise en œuvre des dispositions du Traité sur l'Union relatives au droit des pratiques anticoncurrentielles (2). Mais aussi que le Conseil constitutionnel a ultérieurement épousé cette approche pour lui permettre de concilier le statut d'officier public et ministériel de certains professionnels libéraux et le respect de règles concurrentielles (3).

Ces valeurs fondamentales, partagées par toutes les professions libérales, sont le secret professionnel, l'indépendance et la probité. Gardons-les donc à l'esprit.

D'un autre côté, et chacun le sait ici, le droit de l'arbitrage – du moins le droit français de l'arbitrage – est caractérisé par un certain nombre de principes fondamentaux que des travaux académiques de qualité ont pu mettre en lumière, notamment à la veille de la grande réforme de 2011. On pense en particulier à la thèse de notre collègue Laure Bernheim Van De Castele (4). Des principes fondamentaux qu'un auteur a pu systématiser depuis par un triptyque en forme de devise: liberté, égalité, efficacité (5)!

Ces principes fondamentaux, structurant le droit de l'arbitrage, sont donc la liberté, l'égalité et l'efficacité. Gardons-les, là aussi, à l'esprit.

Dès lors n'est-ce pas le prisme permettant de répondre à la question posée il y a quelques instants: si l'arbitrage est fait pour les professions libérales, les professions libérales sont-elles faites pour l'arbitrage? Dit autrement, *quid* de la rencontre de ces valeurs fondamentales qui caractérisent les professions libé-

rales avec ces principes fondamentaux qui structurent le droit de l'arbitrage? Ces valeurs et ces principes s'opposent-ils ou se rejoignent-ils? De manière plus triviale, font-ils bon ménage?

Des différentes contributions rassemblées, il ressort que la tendance est plutôt à l'affirmation d'un mariage ou d'un partenariat qui s'annonce sous les meilleurs auspices, quelques bonnes fées, on l'aura compris, veillant sur lui... Personne ne se hasarderait à considérer que c'est l'« amour fou ». Et il s'agit probablement d'une bonne chose, tant sont nombreux ceux qui considèrent que la raison est le gage de la durée. Chacun sait que les juristes sont, par construction, raisonnables... De cette rencontre donc entre valeurs fondamentales des professions libérales et principes fondamentaux de l'arbitrage, quelques « couples » emblématiques, quelques « unions » pour le meilleur – sans le pire – émergent; des duos ou des binômes qui attestent que les professions libérales sont bien faites pour l'arbitrage, qui illustrent que les originalités des professions libérales ne leur interdisent pas de recourir à l'arbitrage pour régler leurs litiges, bien au contraire: la justice arbitrale devrait savoir leur faire une place bien davantage que ne le permet la justice étatique.

Par exemple, la liberté de l'arbitrage paraît d'emblée rejoindre l'adjectif « libéral » accolé au substantif « profession ». Mais c'est pour

NOTES

- (1) C. Nourissat (dir.), *The European Market: an Issue for the Liberal Professions – Le marché européen: un enjeu pour les professions libérales*, Lamy, 2007.
- (2) CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, *Wouters*.
- (3) Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715-DC.
- (4) L. Bernheim Van De Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- (5) T. Clay, *Code de l'arbitrage*, LexisNexis, 2015, v. en particulier la longue introduction de l'auteur.

souligner que l'adjectif « libéral » ne renvoie pas à « libre » au sens où, par exemple, la concurrence et l'établissement sont libres, mais aux arts libéraux par opposition aux arts mécaniques, ainsi que l'a rappelé Carine Jallamion dans son magnifique et subtil panorama historique. Des arts libéraux, dont tous les dictionnaires étymologiques et historiques nous enseignent qu'ils se séparent des autres par ce qu'ils supposent l'intelligence de l'homme. Cette dimension d'intelligence, ce lien avec une activité intellectuelle, se retrouve d'ailleurs dans les définitions de la profession libérale données par les meilleurs dictionnaires. Au début du xx^e siècle, le *Grand Larousse Illustré* retenait joliment que la profession libérale est une profession dans l'exercice de laquelle l'intelligence a plus de part que la main. Dans un langage plus technocratique, la directive européenne de 2005 sur les qualifications professionnelles – qui est à l'origine de la définition de droit positif français de la profession libérale rappelée par Jean-Pierre Viennois – insiste sur l'offre de services intellectuels...

Par exemple, l'existence même de ces valeurs se traduit par un corpus déontologique propre à chacune des professions et qu'il ne saurait s'agir pour les arbitres d'ignorer puisqu'il influe directement, pour ne citer qu'une illustration, sur la rédaction des statuts des sociétés d'exercice, et demain – les décrets étant enfin parus – sur les statuts des futures sociétés pluriprofessionnelles d'exercice (SPE), terrain propice par nature aux litiges entre professions libérales. Au-delà, la méconnaissance d'une clause de non-concurrence, d'une clause de non-rétablissement stipulée dans un acte de cession ne peut ni ne doit méconnaître non plus le contexte déontologique, à tout le moins la réglementation propre à la profession. Pour prendre un exemple concret tiré de la pratique, un tribunal arbitral peut-il faire droit à une demande indemnitaire pour détournement de clientèle formée par un cessionnaire contre le cédant d'un office notarial se plaignant par ailleurs de la méconnaissance de la

clause de non-rétablissement alors même que le règlement inter-cours des notaires énonce expressément en son article 3 que la clientèle répond au principe de libre choix? Que l'arbitrage intervienne en droit ou qu'il se fasse en amiable composition, il y a là terrain d'expression inhérente à la profession libérale qui peut et doit recevoir écoute des arbitres et, ensuite, innover la sentence, gage éventuel de sa pleine acceptation par les parties et dès lors, c'est essentiel, de son exécution spontanée. C'est probablement cela statuer en « éthique », pour reprendre la formule heureuse utilisée par François Violla. Cette démarche doit être encouragée. Et c'est aussi dans cette logique que l'arbitrage pourrait restaurer la place qui leur revient aux usages, ainsi que le montre la contribution de Kevin Magnier-Merran centrée sur la profession d'avocat.

Par exemple, la confidentialité de l'un (l'arbitrage) rejoint le secret professionnel des autres (les professions libérales). On renverra sur ce point à la contribution de Jean-Baptiste Racine et à ses développements consacrés à cette question à propos des avocats. De même, l'indépendance résonne pleinement quand on relie professions libérales et arbitrage. Chacun sait que les arbitres doivent être indépendants et impartiaux, toutes qualités, toutes exigences qui alimentent un contentieux nourri à la faveur des recours en annulation dont sont objet les sentences et qui justifient pleinement la satisfaction de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre. Enfin, et c'est probablement moins évident, l'efficacité de l'arbitrage rencontre la probité des professions libérales. La probité peut se définir comme la qualité d'une personne qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, ses règlements... C'est là que la rapidité, la confidentialité trouvent à s'exprimer en autant de devoirs que l'arbitre se doit de respecter. Où l'on vérifie, pour reprendre la suggestion de Carine Jallamion, que les qualités souhaitées de l'arbitre

sont celles exigées des professions libérales: compétences techniques, liberté, autorité... mais aussi, et en dernière analyse, confiance. Tout ce qui fait que l'on est en présence d'un « homme de bien », de cette humanité qui se confond avec le sens de la justice.

On l'aura compris, et cela a été magnifiquement montré par nos orateurs dont le talent est connu et reconnu de tous, l'arbitrage est bien fait pour les professions libérales comme les professions libérales sont faites pour l'arbitrage. On peut parler à dessein de talent dès lors qu'est adoptée la définition qui en a été donnée par Tolstoï. Pour lui, le talent c'est, à propos de tout objet ou de tout sujet, la capacité d'« y voir quelque chose de nouveau, quelque chose que les autres ne voient pas ».

Les diverses contributions ici reprises y participent, permettant notamment de clarifier ce qui doit l'être, par exemple la terminologie. On retiendra en particulier qu'il convient de se délier de certaines expressions susceptibles d'emporter confusion: médecin tiers arbitre, arbitrage du bâtonnier, « avis d'un tribunal arbitral » désigné par le président de la chambre des notaires sans qu'on puisse y voir une quelconque sentence. Ces diverses contributions donnent aussi l'occasion de souligner qu'il faut savoir donner de temps en temps un coup de pouce au talent pour qu'il s'exprime. En ce sens, répétons-le, et la nouvelle formulation de l'article 2061 du Code civil et la faculté désormais clairement établie de créer des structures pluri-professionnelles d'exercice favorisent incontestablement le recours à l'arbitrage pour les professions libérales dans les litiges qui pourront les opposer. Le message doit être entendu par les rédacteurs de statuts ou de contrats qui auront désormais soin à stipuler la clause compromissoire CCAPL...

Gageons que le CCAPL saura alors relever les défis qui l'attendent, et ce, en définitive, au service des professions libérales, constituant par là cette justice à même de répondre à leurs attentes!