



Jurisprudence étrangère

COUR SUPRÊME DU MEXIQUE

27 mai 2009

Talent Agency Unlimited

ARBITRAGE. — DROIT MEXICAIN. — AMIABLE COMPOSITION. — TRANSACTION.
— DISTINCTION. — CONSÉQUENCES.

En dehors du droit, il semble assez courant que dans le langage populaire, l'amicable composition soit synonyme de conciliation (1). Cette conception vient également d'être adoptée par la Cour suprême mexicaine (2). Si, jusqu'à maintenant, l'incertitude de la qualification de la procédure de l'amicable composition existait dans d'autres matières que celle concernant l'arbitrage commercial, voici maintenant cet arrêt étonnant sur l'amicable composition, qu'il comprend comme une « *forme de résolution des litiges qui se termine par un accord ou une convention, qui a les effets d'une transaction et qui a pour conséquence que la sentence arbitrale n'a pas à être motivée* » (I). Cette définition qui est en flagrante contradiction avec le texte et l'esprit du droit de l'arbitrage mexicain, peut être expliquée au vu du droit colombien et de l'ancien droit français (II). On n'attachera toutefois pas trop d'importance à cette décision pour l'avenir (III).

I. – La teneur de l'arrêt

Si la grande majorité des arrêts de la Cour suprême mexicaine sont à saluer pour leur caractère favorable à l'arbitrage (3), de temps à autre certaines décisions surprennent par leur étrangeté (4) (B), et ce d'autant plus que la même

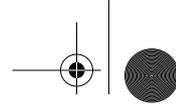
(1) Preuve en est que dans un récent article paru dans *Le Point*, on pouvait lire : « M^e Assous nous a contactés pour relater la teneur d'une tentative de médiation qui s'est tenue en 2007, au siège d'Endemol, rue Torricelli, à Paris, à l'initiative de Virginie Calmels. Ce jour-là, la patronne d'Endemol joue les amiables compositrices et réunit dans son bureau M^e Assous et Sébastien Frapier, le directeur des affaires juridiques de TF1 » (De graves accusations lancées par un avocat contre TF1. *Le Point.fr*, publié le 6 janvier 2011).

(2) *Amparo en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V.*, 27 mai 2009. No de registre 166511.

(3) L. Pereznieta et J. A. Graham, « How Case Law made Mexico a True International Arbitration Place », *Mélanges Cremades*, Kluwer, 2010, p. 955.

(4) Comme par exemple refuser la compétence de la compétence au tribunal arbitral pour statuer sur la nullité de la clause compromissoire, v. nos obs. sous Cour suprême du Mexique, 11 janvier 2006, *Rev.arb.*, 2006.1039.





Cour avait jadis considéré l'amicable composition comme une procédure d'arbitrage (A).

A) *L'amicable composition est un arbitrage*

C'est en 1929, que la Cour suprême eut à se prononcer pour la première fois sur la nature d'une procédure où était intervenu un amiable compositeur (5). Pour les magistrats, il n'y avait pas de doute qu'il s'agissait là d'une « *forme d'arbitrage avec toutes ses conséquences juridiques* ». Avec l'adoption de la loi-type de la CNUDCI, le Mexique a incorporé le concept d'amicable composition dans son Code de commerce (6) et jusqu'à présent, personne n'avait mis en doute la qualification d'« arbitrage » de l'amicable composition.

Dans l'affaire qui nous intéresse, les magistrats fondent leur décision sur l'article 1445 du Code de commerce relatif à l'amicable composition, et précisent que celle-ci est « *une procédure éminemment contractuelle dans laquelle la solution du différend se présente au travers d'une décision plus équitable et plus juste que juridique* », définition classique de l'amicable composition que l'on retrouve aussi bien dans les règlements des centres d'arbitrages mexicains (7), que dans la doctrine (8). L'arrêt précise aussi que la procédure de l'amicable composition s'achève par une « *sentence arbitrale* », mais... qui a le caractère d'une « *transaction* ».

B) *L'amicable composition est une transaction*

L'amicable composition est donc une procédure « *contractuelle* » qui se termine par une « *sentence arbitrale* » qui est « *plus équitable et plus juste que juridique* ». Mais voilà que l'arrêt affirme que « *pour autant, il est juridiquement possible d'affirmer que cette forme de résolution de controverse se termine par un accord ou une convention qui emporte les effets d'une transaction et n'a donc pas à être motivée, et il faut ainsi considérer qu'il s'agit d'un mécanisme contractuel d'auto composition* (9) où, *nonobstant l'intervention d'un tribunal arbitral, la décision est propre aux parties, lesquelles se l'imposent* ». Par un autre arrêt rendu le même jour dans la même affaire (10), la Cour suprême énonce que « *l'arbitrage d'amicable composition est celui dans lequel les parties habilite l'arbitre à proposer des solutions de rapprochement et des formules équitables dont le caractère reste facultatif, c'est-à-dire qui sont régies par les règles d'honneur que la clause compromissoire présume* ».

On se demande en premier lieu comment une sentence arbitrale peut être en même temps une convention. Au-delà de cette contradiction de termes, c'est surtout la description de la procédure qui intrigue. En effet, « *l'intervention du*

(5) *Amparo civil en revisión 535/20. Baetzer Federico y coagriavado*. 9 de mayo de 1929.

(6) Article 28(3) de la version amendée de 2006.

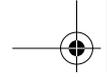
(7) Centro de Arbitraje de México (CAM), www.camex.com.mx ; Centro de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (CANACO), www.arbitrajecanaco.com.mx.

(8) L. Pereznieta et J. A. Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Limusa, 2009, n° 62.

(9) La doctrine mexicaine distingue en matière de résolution de conflits, l'« auto-composition » et l'« hétéro-composition ». Dans le premier cas, ce sont les parties par elles-mêmes qui solutionnent le conflit, tandis que, dans le deuxième cas, c'est un tiers qui résout la controverse (G. Uribarri, *Derecho arbitral mexicano*, Porrúa, 2006, p. 3).

(10) *Amparo en revisión 131/2009, Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V.*, 27 mai 2009 ; No de registre 166503.





tribunal arbitral signifie matériellement une décision propre et auto-imposée aux parties, même si elle a été adoptée par leur représentant avec des pouvoirs pour les engager contractuellement de manière que la décision les engage comme si elle avait été prise par eux-mêmes ». Par voie de conséquence, la « *sentence arbitrale* » n'aurait pas à être « *argumentée et motivée* » ni même « *expliquée* » parce qu'il s'agit « *d'un acte réalisé par les parties dans l'exercice de leur volonté* ».

Et comme si ce n'était pas suffisant, l'arrêt nous réserve une dernière surprise, puisque même si la « *sentence arbitrale* » n'a pas à être « *argumentée et motivée* » parce que le « *raisonnement se trouve dans la conscience de l'arbitre et non dans la sentence arbitrale* », l'amiable compositeur « *doit décider sur la base des stipulations contractuelles et prendre en compte les usages commerciaux* », pour terminer son raisonnement avec la précision que la décision doit être, sauf convention contraire, « *par écrit, motivée et signée* ».

Il n'est pas simple d'analyser une telle « bouillabaisse juridique ». Avec beaucoup d'efforts, voire même avec une bonne dose d'imagination, l'on croit pouvoir affirmer qu'au travers de la référence à l'absence d'obligation d'argumenter et de motiver, la Cour se réfère probablement, en réalité, à l'absence d'obligation de fonder la sentence en droit. Toutefois, subsiste l'obligation de motivation, prévue par l'article 1435 de Code de commerce. De même, si l'on considère avec M. Kassis, que l'usage n'est rien d'autre qu'une référence contractuelle (11) — et il ne fait pas de doute que l'amiable compositeur doit prendre en compte le contrat à l'origine du différend (12) — alors oui, il est logique que le tribunal arbitral prenne en considération les usages et les stipulations contractuelles.

Tout cela n'explique pas, toutefois, comment une sentence arbitrale peut être en même temps une transaction. L'analyse d'autres matières que le droit de l'arbitrage, ainsi qu'un rapide détour par la Colombie, permettent d'obtenir quelques éclaircissements.

II. – Les possibles explications de la teneur de l'arrêt

L'arrêt est *contra legem* au regard du Code de commerce. Toutefois, il peut être expliqué en partie par une certaine tradition législative, en dehors de la matière commerciale, qui voit dans l'amiable composition autre « chose » que l'arbitrage (A), tendance qui semble pouvoir venir de Colombie (B), qui à son tour revendique l'héritage du droit français (C).

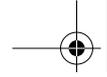
A) Mexique

En 1996, a été créée la Commission nationale d'arbitrage médical qui prévoyait dans son règlement que si les parties le souhaitaient, ils pouvaient recourir à l'amiable composition, procédure dans laquelle, une « *recommandation* » était émise, que les parties pouvaient accepter ou non. Toutefois, le règlement ne s'était pas prononcé sur la qualification juridique de la « *recommandation* » si celle-ci avait été acceptée. Selon nous, il ne fait pas de doute qu'il ne s'agissait pas d'une sentence arbitrale même si la recommandation intervenait dans un

(11) *Théorie générale des usages de commerce*, LGDJ, 1984, n° 174.

(12) Toutefois, l'on ne peut pas nier que de temps à autre, des affaires mettent en doute ce principe (v. la discussion dans l'affaire *Coderre c/ Coderre*, 2008, QCCA 888, où la Cour d'appel du Québec a finalement considéré que l'amiable compositeur doit prendre en compte les dispositions contractuelles).





différend (13). Il ne restait donc plus qu'à considérer que la recommandation valait transaction. En 2006, les dispositions sur l'amicable composition ont été abolies pour faire place à un traditionnel arbitrage « *en conscience* » avec à la clé, une véritable sentence arbitrale produisant tous ses effets juridiques.

Quelques années plus tard, diverses lois sur les méthodes alternatives de résolution des litiges ont retenu des acceptions de l'amicable composition différentes de l'arbitrage, allant jusqu'à des définitions très ésotériques comme celle de l'Etat de Quintana Roo, selon laquelle « *l'amicable composition favorise l'échange aimable d'expériences conflictuelles, cherchant à rétablir si possible l'harmonie entre les parties, générant l'égalité des possibilités autour d'un même plan d'intérêts, basée principalement sur la morale, la justice et la conscience humaine* » (14).

B) Colombie

Il est remarquable que l'arrêt commenté reprenne un certain nombre de concepts que l'on retrouve en droit colombien. L'article 677 du décret 1400 de 1970 prévoyait que l'amicable compositeur émettait une « *déclaration* » qui avait une « *valeur contractuelle* » et qui « *ne produisait pas les effets d'une sentence arbitrale* » (sans dénier qu'il s'agissait d'une « *sentence arbitrale* » et donc d'une procédure arbitrale). Aujourd'hui, l'article 131 de la loi 446 de 1998 précise que la « *décision* » de l'amicable compositeur a les « *effets légaux de la transaction* ». Les juridictions colombiennes se sont aussi prononcées dans ce sens.

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle, en reprenant la définition qu'avait établie le Conseil d'Etat colombien, selon laquelle, il s'agit « *d'une transaction réalisée grâce à des tiers avec des pouvoirs pour obliger contractuellement les parties* » (15). Pour la Cour constitutionnelle colombienne, l'amicable composition ne peut pas être un arbitrage pour une raison constitutionnelle. Selon l'article 116 de la Constitution, la fonction juridictionnelle est limitée exclusivement à la « *conciliation, l'arbitrage et les jurés en conscience* ». L'amicable composition n'étant pas citée, celle-ci ne peut être une procédure juridictionnelle. On voit tout de suite que l'erreur consiste justement dans le fait de ne pas voir dans l'amicable composition une sous-catégorie de l'arbitrage.

Toutefois, la Haute cour de Colombie se réfère à l'« *héritage du droit français* » pour justifier sa conception de l'amicable composition.

C) France

Il semble que c'est dans l'ancien droit que l'on puisse trouver quelques traces du caractère transactionnel de l'amicable composition (1), et que l'on peut retrouver encore aujourd'hui auprès de certains auteurs (2).

1. L'ancien droit

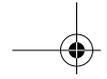
Il semble que l'on puisse, de manière sommaire, faire remonter l'institution de l'amicable composition à Huguccio qui, à la fin du XII^e siècle, distinguait entre *arbiter* et *arbitrator* : le juge ne peut jamais être arbitre, mais il peut arbitrer

(13) Pour un cas analogue d'une mission contractuelle d'évaluation dans le cadre d'un différend, v. Cass. com, 16 février 2010, *Neervoort*, *Rev. arb.*, 2010.503, note J.-J. Daigre.

(14) Loi de 1997. Avec la réforme de 2008, l'amicable composition a été éliminée pour céder sa place à l'arbitrage « *en conscience* ».

(15) *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*, 6 février 1998, Radicación No. 11477, Consejero Ponente : Daniel Suárez Hernández.





« amiablement » entre les parties (16). Ce qui est intéressant pour notre propos est qu'il ne fait pas de doute qu'à l'époque, la sentence arbitrale n'était pas sujette à l'appel, mais la décision rendue par l'*arbitrator* pouvait être soumise à l'examen d'un « *bonus vir* » (17). La décision serait-elle donc autre chose qu'une sentence arbitrale ? Une transaction ? Quelques siècles plus tard, Pailliet répond sans la moindre hésitation que « *vainement on dirait que l'amiable composition est une transaction* » au sujet d'une clause compromissoire qui avait prévu que les arbitres seraient « *des amiables compositeurs, dispensés de toutes formes* » et que les parties « *renonceraient à l'appel et au recours de cassation* » (18).

2. Droit positif

S'il ne fait plus de doute aujourd'hui, en doctrine que l'amiable composition est une procédure d'arbitrage (19), la pratique présente un grand nombre de cas où la frontière entre arbitrage et « autre chose » est plus que mince. Il en est ainsi dans l'affaire *Neervoort*, dont le commentateur (20) définit l'arbitrage, pour le distinguer d'une mission d'évaluation au sens de l'article 1592 du Code civil, en indiquant que l'arbitre applique une règle de droit (21) et dit le droit (22). S'il en était ainsi, bien évidemment l'amiable composition ne serait pas un arbitrage (23). Mais un peut rejoindre la position du même auteur quand il affirme que « *pour être en ligne avec la nature de la mission du tiers estimateur et, par différence, avec celle de l'arbitre, le désaccord des parties doit être un désaccord de fait, non un désaccord de droit* » (24) ; *a contrario*, il s'agit donc d'un arbitrage lorsque l'on est en présence d'un désaccord de droit, ce qui est le cas d'un différend soumis à arbitrage en amiable composition. En d'autres termes, ce qui caractérise un arbitrage n'est pas tant que le tiers dise le droit, mais plutôt qu'il tranche un différend de droit. Et, dans ce contexte, il n'existe aucun obstacle pour considérer l'amiable composition comme une procédure d'arbitrage.

III. – Les conséquences de l'arrêt

Quelles sont les conséquences de l'arrêt commenté au regard du droit mexicain ? Techniquement, il s'agit d'un arrêt isolé qui n'est pas obligatoire pour les juridictions inférieures, et dès lors ne doit pas recevoir plus d'importance que ce qu'il mérite. En plus, comme on l'a vu, la plupart des textes législatifs mexicains qui avaient prévu l'amiable composition comme une méthode alternative

(16) A. Lefebvre-Teillard, « *Arbiter, arbitrator seu amicabile compositor* », *Rev. arb.*, 2008.369, spéc. p. 372.

(17) A. Lefebvre-Teillard, « L'arbitrage en droit canonique », *Rev. arb.*, 2006.5, spéc. p. 17.

(18) *Manuel de droit français*, 7^e éd., 1827, p. 642, note 2.

(19) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 31.

(20) J.-J. Daigre, note sous Cass. com, 16 février 2010, *Neervoort*, préc.

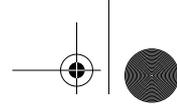
(21) *Id.*, p. 508.

(22) *Id.*, p. 511.

(23) Encore qu'il existe l'hypothèse où l'amiable compositeur applique une règle de droit, mais parce qu'il pense que c'est « équitable » de le faire (v. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 1506).

(24) J.-J. Daigre, note préc., spéc. p. 511. Dans ce sens aussi, Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.5, spéc. n° 27, 31, 47 ; T. Azzi, note sous Paris, 17 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006.161, spéc. p. 172.





de règlement des différends, autre que l'arbitrage, ont finalement abandonné cette solution pour laisser place à un véritable arbitrage « en conscience ». L'arrêt se retrouve ainsi bien seul dans le panorama général de l'arbitrage.

Toutefois, les avocats devront conseiller la prudence, en raison de l'importance que les tribunaux inférieurs attachent aux décisions de la Cour suprême. On recommandera d'éviter toute procédure d'amiable composition si la décision doit être exécutée au Mexique, puisqu'il se peut très bien que le juge de l'exécution la qualifie de transaction et par voie de conséquence lui refuse non seulement le bénéfice de la Convention de New York, mais aussi toute force exécutoire. Les conventions de transaction ont certes le caractère de chose jugée (25), mais doivent être homologuées par le juge (26), lequel pourra, durant la procédure d'homologation, réviser *de novo* le fond.

En conclusion, même si l'amiable composition a pu, jadis, compte tenu de son esprit, être apparentée à une quasi-transaction, espérons que la pratique mexicaine, à son tour, va pousser à faire de l'amiable composition une forme d'arbitrage (27).

James A. GRAHAM

*Professeur à l'Université de Monterrey
Associé, De Forest*



(25) Art. 2944 du Code civil fédéral.

(26) Art. 405 du Code fédéral des procédures civiles.

(27) Comme le note M^{me} Lefebvre-Teillard, si jadis l'amiable composition s'apparentait plus « dans son esprit à une quasi transaction qu'à un arbitrage, c'est la pratique qui va pousser à faire de l'amiable composition une forme d'arbitrage » (« L'arbitrage de l'histoire », *Arch. Philo. droit*, 2009.4).

