

**« L’attractivité » du droit français : un mot d’ordre dépourvu de sens ?**

Philippe Delebecque

1. Les pouvoirs publics ont justifié la récente réforme du droit des contrats par la nécessité de rendre « plus attractif » le droit français<sup>1</sup>. Par rapport à quoi, on ne sait pas et on ne saura sans doute jamais. Peut-être tout simplement parce que l’idée est fautive. Une réforme ne se justifie pas par le seul souci de modernité, mais simplement parce qu’elle répond à des besoins. L’objectif n’est pas de rendre attractifs des textes de loi par définition austères. Le terme « attractivité » n’est du reste pas dans le Littré. Si une réforme juridique s’impose, c’est parce qu’elle contribue à assurer la justice et l’équilibre des intérêts en cause.

2. On subodore néanmoins les présupposés de la réforme d’octobre 2016 et confirmée en avril 2018. Notre droit était peu attrayant en comparaison de la *common law* parée de toutes les vertus. Il n’est pas sûr cependant que nos amis Anglais aient une si haute opinion de leur droit. Pragmatiques, et excellents dans de nombreux domaines, ils s’étonnent que nous ne défendions pas davantage notre culture juridique. J’ai moi-même compris beaucoup de choses lorsqu’un QC qui me demandait un jour de donner un avis juridique m’a dit : « vous Français, vous recherchez le dernier arrêt ; nous Anglais, nous préférons l’arrêt le plus ancien ». J’ai eu bien du mal à lui expliquer que nos arrêts du 19<sup>ème</sup> étaient pourtant pleins d’autorité, mais qu’une certaine modernité poussait notre communauté de juristes à s’en tenir à la dernière décision, si éphémère soit-elle.

3. Osons faire entendre un point de vue non convenu. Depuis que la réforme du droit des obligations est entrée en vigueur, combien de contrats ont été soumis au nouveau droit français des contrats ? A-t-on donné l’envie aux professionnels de le stipuler ? Peuvent-ils en tirer un avantage ? Sans doute sur une série de thèmes, mais encore faudrait-il que les pouvoirs publics s’y intéressent, cherchent à le promouvoir et cessent de confier leurs dossiers à des *law firms* si compétentes soient-elles. Il est vrai que les parlementaires ont été écartés, à tort, des discussions, mais il faut bien reconnaître que lors de la ratification définitive, il s’est agi avant tout de trouver des compromis politiques et non d’approfondir les questions et celle de l’attractivité du droit français des contrats n’a mobilisé pratiquement personne. Aux doutes qui commencent à s’exprimer, essayons d’ajouter notre voix, ne serait-ce que pour rendre hommage à l’un des meilleurs juristes, entre autres qualités, de notre temps dont l’esprit critique et profond a marqué de nombreuses générations d’étudiants et d’universitaires et dans le même temps essayer de comprendre les réformes qui se préparent<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Rapport au Président de la République. La même observation pourrait être faite à propos de la réforme du droit des sûretés qui se profile au nom, une fois encore, de l’attractivité du droit français. De même en est-il au regard des procédures collectives, cf. J.L. Vallens, Le droit des entreprises en difficulté, un outil pour l’attractivité du droit français, Rev. proc. coll. Juil. août 2018, 8 s.

<sup>2</sup> N’est-il pas envisagé de réformer le droit des contrats spéciaux, sans guère de concertation et surtout en jetant par dessus bord tout l’humus de la matière (cf., à propos,

4. Sans doute les textes récents contiennent-ils des dispositions particulièrement bienvenues : on pense, pour s'en tenir uniquement au droit des contrats, à l'admission mesurée des actions interrogatoires, à la force obligatoire retrouvée des promesses de vente, à la reconnaissance de l'exception d'inexécution anticipée, à l'organisation de la cession de contrat ou encore à la conceptualisation de la représentation. Il ne faut jamais être trop systématique et il faut reconnaître les améliorations lorsqu'elles existent. Mais au-delà de quelques avancées dont il faut se réjouir, il faut bien avouer que le scepticisme reste entier. Pourquoi avoir supprimé, ne serait-ce que formellement, la théorie de la cause ? A-t-on mesuré les risques d'insécurité juridique en décidant d'introduire dans le droit commun des contrats la théorie des clauses abusives ? Quel est le sens à donner aux principes directeurs ? Ce n'est sans doute pas par des déclarations péremptoires que l'on défend le droit français et, plus largement, le droit continental. Et surtout, qu'en est-il de la portée extérieure de la réforme ? Comment expliquer aux nombreux amis de la culture juridique française, après avoir présenté le Code civil de 1804 comme un modèle de législation sur les contrats, qu'il posait trop de conditions pour assurer la validité des conventions et ne laissait pas assez de marge de manœuvre aux parties ?

5. Les évolutions récentes du droit de l'arbitrage et plus généralement du contentieux appellent les mêmes remarques, avec cette précision que ce sont certaines solutions jurisprudentielles et non pas les textes eux-mêmes, sous réserve de leur extension au-delà de leur domaine naturel<sup>3</sup>, qui se révèlent contre-productives. Comment comprendre la valorisation excessive des clauses d'arbitrage ? Pourquoi faudrait-il que le juge étatique abandonne sa compétence au profit du tribunal arbitral pour apprécier l'application de telles clauses ? Comment admettre l'idée d'un ordre arbitral autonome ? N'est-ce pas renforcer la prévention de certains professionnels à l'égard de la justice arbitrale et accréditer, à tort ou à raison, l'idée que le monde arbitral est centré sur lui-même ? Faut-il, au prétexte de rendre la place de Paris attractive, renoncer à des règles de bon sens et ne pas rester à l'écoute des justiciables eux-mêmes ? Ces questions ne portent pas uniquement sur l'institution de l'arbitrage, elles traversent aussi le contentieux étatique international, si l'on veut bien, notamment, s'interroger sur les raisons qui conduisent la jurisprudence à repousser toujours plus loin les limites des clauses de compétence.

#### **I. Dans le droit des contrats.**

6. Quel contenu donner au concept d'attractivité dans le droit des contrats ? La suppression de la théorie de la cause n'en donne aucun. La consécration de la théorie de l'imprévision pas davantage et la reconnaissance de la théorie des clauses abusives certainement pas (A). Peut-on, en contrepartie de ces brèches ouvertes dans la muraille du droit français des contrats, se satisfaire de l'entrée de nouveaux concepts ou mécanismes venus d'ailleurs ? On ne saurait d'emblée l'admettre, mais il ne faudrait pas, à la réflexion, l'exclure (B).

7. A. Le concept de cause était intelligent et n'était pas superflu. Il est vrai qu'il y avait là une quatrième condition, au-delà du consentement, de la capacité et de l'objet, pour assurer la validité du contrat (cf. anc. art. 1108 C. civ.). Était-ce la condition de trop, la condition qui rendait le droit

---

notamment, du bail, F. Auque, Remarques sur la réforme du droit des contrats spéciaux, D. 2018, 423) ?

<sup>3</sup> cf. le nouvel article 2061 C. civ. qui ouvre l'institution de l'arbitrage en dehors des relations entre professionnels.

français plus exigeant que le droit anglais ou le droit américain et donc peu attractif ? Rien n'est moins sûr, dans la mesure où le droit anglais n'ignore pas totalement ce type d'exigence<sup>4</sup>, au demeurant assez déroutant et bien plus que celui de cause<sup>5</sup>. En outre, les applications de la théorie de la cause ont été parfaitement cantonnées du moins sur le terrain de la cause objective. Il suffit, notamment, de se rappeler l'excellente jurisprudence sur les dates de valeur ou sur le pas de porte. Sans doute dira-t-on que l'exigence n'a pas disparu, puisque le nouvel article 1169 du Code civil nous dit qu'un contrat à titre onéreux est nul si, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Mais dans la mesure où le concept de cause a été volontairement banni du Code civil, comment expliquer qu'il y est quand même rentré par la fenêtre ? La confiance que les esprits cartésiens avaient mise dans le droit français grâce à sa théorie de la cause et ses applications concrètes a sans doute été, par le fait même, fragilisée.

8. L'admission de la théorie de l'imprévision par le nouvel article 1195 n'est pas plus convaincante. Les critiques à l'égard des dogmes du Canal de Craponne (Civ. 6 mars 1876) étaient-elles si pertinentes qu'il fallait abattre l'un des plus grands arrêts de la jurisprudence civile ? Les terres de Salon de Provence, Lamanon et Malemort n'ont pourtant jamais cessé d'être fertiles entre 1876 et 2016 ! Plus sérieusement, le message de la Cour de cassation était particulièrement clair et avait été bien reçu : aux parties d'anticiper les changements de circonstances pouvant affecter l'équilibre financier de leur contrat et de stipuler les clauses d'adaptation appropriées, ce que du reste elles n'ont pas manqué de faire, quoique parfois avec une certaine maladresse. La situation est-elle plus attractive aujourd'hui, alors que le nouveau texte débouche sur un pouvoir d'aménagement du contrat dont les juges eux-mêmes disent qu'il n'est pas de leur ressort ? De plus, il est permis de se demander si les nombreuses clauses que l'on voit fleurir désormais pour atténuer les effets de l'article 1195, voire pour l'écarter, sont plus cohérentes que les clauses traditionnelles de révision.

9. L'introduction de la théorie des clauses abusives dans le droit français (cf. art. 1172) est certainement encore plus préoccupante et n'est pas de nature à inciter les professionnels qui veulent compter avant tout sur leur contrat, à se tourner vers le droit français. Une chose est le droit de la consommation où la protection du consommateur a toutes ses raisons, autre chose est le droit commun applicable entre les particuliers et entre les professionnels. Permettre aux juges de remettre en cause telle ou telle clause contractuelle contenue dans un contrat d'adhésion simplement parce qu'elle crée un déséquilibre « significatif »<sup>6</sup> entre les droits et les obligations des parties et parce qu'elle est « non négociable » et « déterminée à l'avance par l'une des parties » est leur confier un pouvoir que même l'apprenti sorcier de Goethe n'aurait pas voulu exercer. Sans doute ce pouvoir est-il exclu si le déséquilibre affecte l'objet principal du contrat ou encore l'adéquation du prix à la prestation, mais ses champs d'application restent très étendus. Que l'on songe un instant aux nombreuses clauses d'exclusion de garantie dont les conditions générales d'assurance font état ou encore aux clauses de déroutement ou de libertés (en faveur du

---

<sup>4</sup> v. C. Le Gallou et S. Wesley, *Droit anglais des affaires*, Montchrestien, 2018, n° 390 ; S. Sanchez Lorenzo, *Cause de l'engagement et validité du contrat : une perspective historique, comparative et internationale*, Mélanges B. Ancel, 1439, spéc. 1449.

<sup>5</sup> Paraphrasant Denis Mazeaud, on oserait presque dire que si vous avez compris la théorie de la *consideration*, c'est, pour le coup, qu'on vous l'a mal expliquée.

<sup>6</sup> Nous avouons ne pas comprendre à quoi renvoie ce qualificatif, Littré nous ayant appris qu'il n'avait pas le même sens qu'important ou considérable.

transporteur) que l'on trouve dans les connaissements maritimes. L'article 1170 est et demeure suffisant pour écarter toutes les clauses entraînant un déséquilibre affectant l'essence même du contrat<sup>7</sup>.

Quoiqu'il en soit, puisque les nouveaux textes sont aujourd'hui de droit positif, il appartient aux commentateurs d'en donner la meilleure lecture possible et de compter sur la jurisprudence pour que leur interprétation s'articule avec l'ensemble des dispositions issues de la réforme, réforme qui pourrait et devrait se synthétiser autour de l'idée contenue dans le fameux arrêt « Les Maréchaux »<sup>8</sup>.

10. B. Au-delà de ces quelques doutes qui ne demandent qu'à se dissiper, il convient de s'interroger sur l'accueil que l'on doit réserver aux concepts et mécanismes que la réforme du droit des contrats a souhaité faire entrer dans le Code civil et que l'on doit, pour beaucoup, aux Principes d'Unidroit et à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, c'est-à-dire à des instruments qui se sont voulu consensuels et attractifs.

11. L'un d'entre eux est contenu dans l'article 1226 qui permet au créancier de l'inexécution d'un contrat de prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat, à ses risques et périls, c'est-à-dire en s'exposant à ce que, *a posteriori*, le juge compétent soit saisi de la légitimité de cette résiliation et la considère comme fautive. Cette faculté de résiliation unilatérale qui se fonde sur la faute grave du cocontractant, avait été consacrée par la Cour de cassation, en des termes plus restrictifs toutefois<sup>9</sup>. En réalité, la jurisprudence des juges du fond était déjà en ce sens<sup>10</sup> et la Cour de cassation elle-même avait reconnu, en droit des transports, excellent laboratoire du droit des contrats, la pratique du « laissé pour compte » consistant dans le droit pour le destinataire d'abandonner au transporteur la marchandise après le constat de dommages irrémédiables, pour obtenir une réparation en perte totale<sup>11</sup>. Le droit français admet ainsi depuis longtemps que la victime d'une faute contractuelle puisse prendre les devants et ne pas rester bloquée dans les liens contractuels tant qu'un juge ne vienne prononcer officiellement la cessation des relations contractuelles. La théorie de l'« anticipatory breach », largement pratiquée en Allemagne et dans la *common law*, est ainsi généralisée. Si l'on ajoute que le droit français accorde également à une partie le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations s'il est manifeste que son partenaire ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle (cf. art. 1220 ; rapp. art. 71 Conv. Vienne), on ne saurait reprocher au droit français des contrats une tendance à se reposer sur le juge. Mais c'est sans doute parce que la tradition française n'est, en l'occurrence, nullement heurtée.

12. Un autre prérogative unilatérale a été prévue, c'est celle de la faculté de réduction du prix en cas d'exécution « imparfaite » du contrat. Le débiteur du prix, créancier de la mauvaise exécution du

---

<sup>7</sup> V. obs. RDC 2015, 759

<sup>8</sup> Cass. com. 10 juill. 2007, D. 2007, 2839, note Stoffel-Munck : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998, D. 1999, 197 ; rapp. égal. Conv. Vienne, art. 73.

<sup>10</sup> V. Bulletin des arrêts de la Cour d'appel d'Aix en Provence 1979 et 1980, V<sup>o</sup> Contrat et Obligations.

<sup>11</sup> V. notam. Cass. civ. 3 août 1835, S. 1835, 1, 817.

contrat, peut alors « solliciter » de son partenaire une réduction du prix, et s'il n'a pas encore payé, peut lui notifier pareille réduction. La disposition rejoint celle de l'article 50 de la Convention de Vienne aux termes duquel l'acheteur, que le prix ait été ou non déjà payé, peut, en cas de défaut de conformité des marchandises, « réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment ». La mesure est originale, car elle ne s'apparente ni à la résolution - l'anéantissement consécutif du contrat n'étant que partiel et n'étant pas subordonné à la gravité du manquement qui le fonde - ni à la responsabilité, puisque la réduction du prix se fait en fonction de la différence séparant la valeur de la marchandise livrée de celle de produits conformes au jour de la livraison et ne s'apprécie donc pas au regard du préjudice subi. La Convention de Vienne faisant depuis longtemps partie du droit positif français, on ne saurait donc dire que la réduction du prix prévue et organisée par le Code civil n'y avait pas sa place. Il n'y a là qu'une nouvelle illustration de la dialectique droit spécial / droit commun. Il reste que l'on peut craindre que l'évaluation qui sera unilatéralement, et dans un premier temps, faite par le créancier soit appelée à être contestée par le débiteur et qu'en somme l'issue du conflit soit entre les mains des tribunaux<sup>12</sup>.

13. On demeure en tout cas moins perplexe devant le droit pour le créancier de demander l'exécution forcée du contrat. Le nouvel article 1221 du Code civil dispose que le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, « sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». La nouveauté du texte ne tient pas dans le principe qu'il énonce, mais dans ses limites, du moins dans la seconde d'entre elles. Faut-il y voir une nouvelle atteinte à la force obligatoire des contrats ? Ne faudrait-il pas y apercevoir une simple expression de l'abus de droit ? On ne peut s'empêcher de trouver que le maître de l'ouvrage qui engage une procédure en exécution forcée coûteuse et aléatoire, après avoir constaté dans son bassin une différence de quelques centimètres entre les promesses de l'entrepreneur et ce qui a été réalisé, va au-delà de ses droits, d'autant que le Code civil lui offre désormais, dans ce genre de situation, la possibilité de réduire le prix qu'il lui reste à payer.

14. En réalité, s'il est vrai que la réforme du droit des contrats appelle sur certaines dispositions des réserves, s'il est vrai que le législateur a parfois cédé à l'illusion d'influencer l'étranger en s'alignant sur celui-ci,<sup>13</sup> la critique ne peut pas, alors que les nouveaux textes ont été adoptés, ne pas être constructive. Du reste, ce n'est peut-être pas tant sur les questions de fond que sur celles de procédure et de règlement des litiges, que l'attractivité en tant que source d'inspiration de la règle de droit, est une idée sans grand contenu. Tout compte fait, les solutions du droit positif ne sont pas fondamentalement différentes selon les pays et spécialement selon que l'on s'en tient à la *common law* ou au droit civil. On ne saurait cependant dire la même chose des chemins pour y parvenir.

## II. Dans le droit du règlement des litiges.

---

<sup>12</sup> Le texte de l'art. 1223 n'est cependant pas impératif ; rien ne s'oppose donc à ce que les parties confient à un tiers, intervenant en qualité d'arbitre, le soin de fixer le prix définitivement dû.

<sup>13</sup> Y. Lequette, Mélanges B. Ancel, p. 1136, note 70.

15. Dans le droit français du règlement des litiges, une politique systématique en faveur des clauses de compétence et des clauses d'arbitrage, s'est récemment développée, en tout cas dans l'ordre international. D'aucuns l'ont justifiée par la nécessité de rendre la place de Paris plus attractive, aussi bien du point de vue de son ordonnancement juridique que de sa situation géographique. En soi, cette politique a ses raisons, mais il n'est pas sûr, compte tenu de sa systématisation, qu'elle ne soit pas finalement contreproductive. La question mérite d'être posée pour les deux types de contentieux, le contentieux étatique comme le contentieux arbitral.

A. 16. Dans le contentieux étatique, on connaît l'essor des clauses de compétence dont le régime s'est progressivement aligné sur celui des clauses d'arbitrage. N'a-t-on pas plaidé pour que leur autonomie soit enfin reconnue. De fait, il suffit que ces clauses se profilent à l'horizon pour qu'elles produisent leurs effets. N'a-t-on pas également affirmé leur validité dans le contentieux international de la rupture des relations commerciales établies<sup>14</sup> ? Pourquoi favoriser souvent à l'extrême le jeu de ces clauses qui donnent, le plus souvent, compétence à des juridictions étrangères et éloignent les justiciables de leurs juges naturels ? Cela démontrerait, a-t-on dit, l'ouverture d'esprit du droit français et sa souplesse dans les situations internationales. Dans le monde maritime, la conséquence en est qu'une grande partie du contentieux a quitté le territoire. Alors qu'un bon équilibre avait été trouvé dans les années 1990, les clauses attributives de compétence sont aujourd'hui considérées comme commandées par les usages du commerce international<sup>15</sup> et sont donc, la plupart du temps, opposables aux réceptionnaires des marchandises qui pourtant ne les ont pas clairement acceptées. Il faut dire que la jurisprudence de la CJUE n'a pas facilité les choses. Il reste que la chambre commerciale de la Cour de cassation a pris conscience du phénomène et s'efforce, à très bon escient, de cantonner sa propre jurisprudence<sup>16</sup>. Plus fondamentalement, on peut se demander si l'article 6 de la CEDH ne permettrait pas de régler le débat. Le droit au juge n'est-il pas illusoire lorsque l'on demande à un plaideur de débours des sommes folles pour faire valoir ses prétentions et de se déplacer dans des pays lointains ? Valoriser au-delà de la raison les clauses de compétence n'est sans doute qu'une fausse bonne idée et n'est pas de nature à renforcer l'attractivité du droit français.

17. La création au sein du Tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris d'une Chambre internationale ne procède-t-elle pas également d'une fausse bonne idée ? Est-il opportun d'introduire dans le système judiciaire français une entité qui se trouvera partiellement affranchie des règles de procédure applicables dans toutes les juridictions ? Il est vrai que l'institution est louée de toutes parts et accueillie avec tous les honneurs. Faudrait-il, cependant, parce qu'une convention internationale est au cœur d'un litige retirer sa compétence à la juridiction en cause pour la confier à la chambre internationale de Paris ? Les tribunaux de commerce ne seraient-ils pas à même de comprendre ce que sont les conventions internationales ? Les tribunaux de commerce de Marseille et du Havre appliquent pourtant tous les jours ou presque la Convention de Bruxelles sur le transport maritime de marchandises. Et l'on pourrait dire la même chose d'autres tribunaux pour la Convention de Vienne. Sans doute faut-il assouplir certaines règles de procédure, ne pas exiger

---

<sup>14</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 oct. 2008, D. 2009, 200, note F. Jault Seseke.

<sup>15</sup> v. Cass. com. 12 mars 2013, D. 2013, 1603, note Paulin.

<sup>16</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 sept. 2017, DMF 2017, 1012, rapp. F. Schmidt et les obs. ; rapp. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 oct. 2018, n° 17-21.309, qui se fonde sur l'impératif prévisibilité de la règle de droit pour condamner une clause de compétence trop large et ne comportant pas d'élément objectif permettant d'identifier la juridiction appelée à connaître du litige.

systématiquement la traduction de documents établis en langue étrangère et ne pas imposer que les témoignages se fassent nécessairement en langue française, mais il faut veiller à ne pas aller trop loin dans ce seul souci de plaire à l'extérieur. C'est par la procédure que la *common law* s'est en grande partie imposée dans le monde des affaires internationales. Ce monde, comme les autres, a besoin d'équilibre et le partage des conceptions juridiques participe de cet équilibre.

18. Cela ne veut pas dire, en tout cas, qu'aucune réforme ne se justifie. Certaines ont été engagées. D'autres s'annoncent. Une semble opportune, non pas au nom de la seule modernité, mais en celui de la rationalité. Substituer le Tribunal des activités économiques au Tribunal de commerce semble cohérent si l'on veut bien considérer le vieillissement, voire l'obsolescence, de la liste des actes de commerce de l'article L. 111-1 C. com. et, dans une certaine mesure, de la notion de commerçant. Si le Tribunal de grande instance doit rester le tribunal de droit commun, cela n'interdit pas de repenser la compétence des autres tribunaux et spécialement de donner compétence au Tribunal des activités économiques, au prix d'un élargissement de la base électorale, pour tout ce qui relève du livre VI du Code de commerce (cf. Procédures collectives), sans doute aussi pour la matière des baux commerciaux, éclatée aujourd'hui entre les tribunaux civils et les tribunaux de commerce, et peut-être pour la propriété industrielle.

B. 19. Dans le contentieux arbitral, le principe compétence-compétence, dans son aspect négatif, conduit à laisser aux arbitres le soin de se prononcer sur leur propre compétence, sous réserve de l'hypothèse dans laquelle la clause compromissoire est manifestement nulle ou inapplicable<sup>17</sup>. Faut-il se satisfaire de cette solution, voire l'encourager<sup>18</sup>, au nom de l'attractivité du droit français de l'arbitrage ? Cela ne va pas de soi, du moins pour les clauses d'arbitrage par référence. La jurisprudence a toujours subordonné leur validité et leur opposabilité à des conditions précises. Or, il suffit aujourd'hui se retrancher derrière le principe compétence-compétence pour tourner cette jurisprudence. Si l'arbitrage est à Londres, les arbitres anglais n'auront guère de scrupules à appliquer la clause, le droit anglais ayant toujours été très ouvert à l'égard des clauses d'arbitrage quelles qu'elles soient. Si l'arbitrage est à Paris, la situation est quelque peu paradoxale, car il appartient à celui qui conteste la clause de commencer par saisir les arbitres et donc d'engager des frais qui sont souvent importants. Ce qui ne relève pas, comme on l'a exactement écrit<sup>19</sup>, d'une « bonne administration de la justice ».

20. Valoriser à l'extrême l'arbitrage ne peut être que contre-productif pour l'institution de l'arbitrage elle-même. L'arbitrage ne devient-il pas trop contentieux, alors qu'il s'agit fondamentalement d'un mode contractuel de règlement des litiges et donc d'un mode apaisé de règlement des conflits ? On « va en arbitrage » pour comprendre un litige, pour le dénouer et si possible continuer à travailler encore avec son partenaire, une fois la difficulté, qui fait partie de la vie des affaires, surmontée. L'arbitrage est conçu et doit rester conçu dans l'intérêt des parties. Le seul souci de l'attractivité des règles qui lui sont applicables ne doit pas faire oublier cette exigence.

---

<sup>17</sup> Th. Clay, dans ses chroniques annuelles d'Arbitrage au Recueil Dalloz, a toujours relevé le mal qu'il avait à identifier les clauses manifestement nulles ou inapplicables.

<sup>18</sup> E. Gaillard, Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence, Mélanges B. Ancel, p. 679

<sup>19</sup> MM. Bonassies et Scapel, Traité de droit maritime, LGDJ 3<sup>ème</sup> éd., n° 1169.

21. Pour conclure, on voudrait dire que l'essentiel est de garder au droit français sa structure et ses composantes faites d'un droit civil, d'un droit commercial ou, mieux, d'un droit économique car on ne peut ignorer les enjeux de la concurrence, ni même les aspects financiers de notre économie, et d'un droit administratif que l'on nous envie : supprimer la juridiction administrative, comme certains l'ont suggéré, serait dénué de sens et de surcroît particulièrement déroutant pour tous ceux, très nombreux qui, en France ou à l'étranger, ont été et sont encore émerveillés, à juste titre, par les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Si, plus particulièrement, le Code civil de 1804 a connu un grand succès et une forte expansion, c'est bien sûr parce qu'il était un code de vainqueurs, mais c'est aussi parce que Portalis, homme de dossiers et nullement idéologue, avait su le porter. S'il est parfaitement légitime d'apprécier l'attractivité d'un pays sur le plan économique (v. le baromètre du géant de l'audit EY 2018 au demeurant optimiste au regard de la compétitivité de notre pays), cela l'est moins sur le plan juridique. Sur ce terrain, il faut se garder de toute vue systématique et partielle. Le droit ne doit pas être le reflet de la mode ou d'une mode ; il doit s'efforcer de répondre avant tout aux besoins politiques, économiques et sociaux des justiciables. En somme, le droit français, comme l'oiseau du ciel, doit rester lui-même. L'attractivité lui sera donnée ou redonnée par surcroît.