

MASTER 2 DROIT PRIVE ECONOMIQUE  
MASTER 2 DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHÉ  
2019-2020  
**D. MAINGUY**

**L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL**  
*SYLLABUS*

**INTRODUCTION**

**I. LA CONVENTION D'ARBITRAGE.**

- 1. LE PRINCIPE D'INDEPENDANCE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR RAPPORT AU CONTRAT PRINCIPAL.**
- 2. LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.**
- 3. EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.**
- 4. LES AUTRES CONVENTIONS D'ARBITRAGE.**

**II. L'INSTANCE ARBITRALE**

- 1. LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL.**
- 2. LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE.**

**III. LA SENTENCE ARBITRALE**

- 1. L'ELABORATION DE LA SENTENCE ARBITRALE.**
- 2. LES RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE**

## INTRODUCTION

### 1. DEFINITION DE L'ARBITRAGE

**1° En droit interne** : selon Charles Jarrosson, l'arbitrage est « **l'institution** par laquelle un **tiers** règle le **différend** qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la **mission juridictionnelle** qui lui a été **confiée** par celles-ci » (La notion d'arbitrage, *LGDJ 1987, préface B. Oppetiti*). D'autres auteurs (Poudret et Besson) pensent qu'il faut ajouter que **le tiers agit à titre privé** et non dans l'exercice d'une fonction publique.

Cette définition insiste sur les deux éléments caractéristiques de l'arbitrage : son origine **contractuelle**, sa fonction **juridictionnelle**.

- **L'origine conventionnelle** de l'arbitrage vient de ce que l'acte qui se trouve à l'origine de l'arbitrage est un **contrat** : la convention d'arbitrage, soit la **clause compromissoire contenue dans le contrat pour un litige à naître** et le **compromis, lorsque le litige est déjà né**, par lesquels les parties indiquent leur volonté de **se soumettre à l'arbitrage et d'exécuter la sentence** qui sera rendue par les arbitres.

Par ces clauses ou contrats signés entre les parties, ce sont elles qui par leur volonté **désignent et investissent les arbitres**, décident de la **procédure**, décident de l'application du droit ou de l'équité, ou qui tout au moins **investissent les arbitres du pouvoir de régler certaines de ces questions**.

- Une fois investis par ces conventions, les arbitres apparaissent comme **de véritables juges, c'est l'aspect juridictionnel de l'arbitrage** : ils forment un **tribunal arbitral**. Également, pendant l'instance arbitrale, les **principes directeurs du procès** sont applicables.

L'article 1464 CPC précise que « les articles 4 à 10, 11 (alinéa 1), 12 (2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas), 13 à 21, 23 et 23-1 sont toujours applicables à l'instance arbitrale » :

- . **L'objet du litige** est formé des prétentions respectives des parties (art. 4) ;
- . **Le juge doit juger sur tout ce qui est demandé** (art. 5) ;
- . Il incombe aux parties de **prouver** ce qu'elles avancent (art. 6) ;
- . Le juge invite les parties à s'expliquer (art. 8) ;
- . **Il ordonne d'office toutes les mesures d'instruction** (art. 10) ;
- . L'article 11 précise que les parties doivent apporter leur concours à l'instruction (al. 1<sup>er</sup>) mais **l'alinéa 2 qui permet au juge de condamner sous peine d'astreinte une partie ou un tiers à produire un élément de preuve est exclu.**

- . Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 12 est exclu, qui **demande au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit**. Le juge doit donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux.
- . Le juge invite les parties à fournir les explications nécessaires (art. 13).
- . **Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée** (art. 14).
- . **Principe du contradictoire** (art. 15 et s.).
- . Les droits de la **défense** (art. 18 et s.)
- . **Il entre dans la mission du juge de concilier les parties** (art. 21).
- . **L'article 22 qui prévoit que les débats sont publics est exclu**.
- . L'article 23 est relatif aux nécessités d'un **interprète** quand le juge ne connaît pas la langue dans laquelle s'expriment les parties. L'article 23-1 est relatif aux nécessités d'un interprète en cas de surdité de l'une des parties.

Les arbitres prononcent enfin, à l'issue de ce processus, une **sentence**, qui en principe est rendue en droit (art. 1478 CPC) et a comme un jugement **l'autorité de la chose jugée** et qui est **susceptible de voies de recours**, devant les juridictions étatiques.

Mais du fait que les arbitres ne sont que des juges **privés**, ils ont un **pouvoir juridictionnel limité**, dans les strictes limites de la mission qui leur est confiée. **Cinq exemples de limitations :**

1. Cette mission, confiée par les parties, doit d'abord être **acceptée** par les arbitres puisque la convention d'arbitrage les oblige à arbitrer et à rendre une sentence. **A la différence des juges, les fonctions de l'arbitre ne sont pas permanentes**. Il faut une **rencontre entre la volonté des parties et celle des arbitres** pour que ceux-ci puissent remplir leur mission.
2. Autre conséquence de l'importance de la rencontre des volonté : la mission confiée aux arbitres, le pouvoir juridictionnel dont ils sont investis, sont **strictement limités dans le temps**. Aussi les parties doivent-elles prévoir un **délai**, que les arbitres doivent impérativement respecter, en rendant leur sentence avant le terme convenu, puisque les arbitres n'ont plus aucun pouvoir une fois le délai conventionnel passé. **Ils ne sont plus alors investis par la volonté des parties**, par la convention d'arbitrage.
3. Autre conséquence de la rencontre des volontés : son effet relatif, c'est-à-dire que les arbitres investis par les parties ont un **pouvoir juridictionnel à leur égard**, mais **pas à l'égard des tiers**. Ainsi les arbitres peuvent convoquer les parties et les obliger à produire une pièce, éventuellement sous peine d'astreinte, tandis qu'ils ne le peuvent à l'égard des tiers.
4.  galement, les arbitres **achèvent leur mission en rendant leur sentence**. Une fois cette sentence rendue, les arbitres n'ont plus de pouvoir juridictionnel et donc seul le juge judiciaire est compétent pour ordonner **l'exécution** forcée de la sentence ou pour examiner les **voies de recours** formées contre elle.

5. Enfin, **ne rendant pas la justice au nom d'un État, l'arbitre ne peut soumettre de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne** (CJCE, 23 mars 1982, Nordsee ; CJCE 27 janvier 2005, Denuit). Il existe une **exception toutefois pour les tribunaux arbitraux qui ne relèvent pas de la volonté des parties mais de la loi**, la CJUE les considérant comme « juridiction d'un des États membres » et admettant leurs questions préjudicielles (CJCE 17 octobre 1989, Danfoss ; CJUE, référé, 13 février 2014). De même **l'arbitre ne peut poser une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel** car « investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties », il n'est pas une juridiction relevant de la Cour de cassation (Cass. Com. 28 juin 2011).

## 2° En droit international.

Depuis l'avant-dernière grande réforme de l'arbitrage soit les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981, **le droit français distingue l'arbitrage en droit interne et en droit international.**

- 1° **L'arbitrage commercial international.** Toutefois la définition de l'arbitrage ne diffère guère en matière internationale si ce n'est que l'arbitrage y est **commercial**, qu'il « *met en cause les intérêts du commerce international* » (art. 1504 CPC), au point que l'on parle d'arbitrage commercial international et non pas seulement d'arbitrage international.

**La notion de commercialité dit ici être entendue largement**, bien plus qu'en droit interne. Ainsi ce sont des **litiges à caractère économique** qui peuvent être soumis à des arbitres, **sans que les restrictions des différents droits internes liées à la qualité de commerçant soient prises en compte.** Notamment **l'on ne peut pas se fonder sur le fait que l'un des signataires du contrat ne soit pas commerçant au regard du droit français** pour contester la validité de la clause compromissoire comme si l'on était en matière civile (affaire **Hecht**, Cass. Ire civ., 4 juill. 1972, contrat international d'agence commerciale qui est mixte au regard du droit français, donc possible nullité de la clause compromissoire passée par une telle partie. Mais la Cour répond que **l'accord compromissoire présente une complète autonomie par rapport au droit interne**, et maintient la clause). Il a été précisé depuis (Cour d'appel de Paris 13 juin 1996, KFTCIC) qu'en matière d'arbitrage international, « **la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes** », et que « doit être considéré comme commercial **tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale** et mettant en cause, dans cette mesure, **les intérêts du commerce international** ».

Doivent également relever de l'arbitrage commercial international **les arbitrages opposant des parties privées et des opérateurs publics** (l'État ou ses émanations) à propos d'opérations économiques internationales qui donnent lieu à des contrats d'État.

En revanche **est exclu l'arbitrage entre États** ou entre sujets de droit international public, sauf s'ils ont agi en tant qu'opérateurs du commerce international.

- 2° **La volonté des parties.** L'arbitrage reste marqué par la **volonté des parties**, encore plus qu'en droit interne puisque **les parties vont pouvoir choisir la loi applicable à l'arbitrage**, loi qui va régir la convention d'arbitrage, la procédure, le règlement du fond du litige.

Le rôle de cette volonté est toutefois assez théorique car le plus souvent **les parties s'en remettent à des centres d'arbitrage** et ce sont alors les règlements de ces centres, lesquels fixent nombre de questions pratiques, qui s'appliquent, étant considérés comme ajoutés aux **stipulations contractuelles des parties**, donc émanant de leur volonté.

L'arbitrage est aujourd'hui en effet **de plus en plus institutionnel**. La **Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale**, qui existe depuis 1923, est ainsi l'une des institutions souvent choisie en Europe. Cette institutionnalisation présente des **avantages** puisque le Centre **gère tous les aspects de la procédure** d'arbitrage et fournit un **règlement** tout fait aux parties et aux arbitres qui n'ont plus à se soucier des exigences de forme, de fond, des délais, etc. Il en va de l'efficacité de l'arbitrage.

Mais l'interposition d'une organisation permanente et l'application de son règlement de procédure **affaiblissent corrélativement le rôle des parties dans le choix des arbitres et le déroulement de l'instance**. Les **avantages de l'arbitrage ad hoc**, tenant à la **confiance personnelle** que les parties peuvent avoir en des arbitres qu'elles ont directement choisis, ou à la **souplesse d'une procédure adaptée à chaque cas**, s'en trouvent parfois altérés, tandis qu'apparaissent les risques d'une **administration anonyme et lourde**, d'une **judiciarisation (privée)** de l'arbitrage.

En droit interne français, le Nouveau Code de procédure civile a entendu limiter, pour cette raison, le rôle de ces Centres permanents d'arbitrage, **en interdisant qu'une personne morale puisse être désignée comme arbitre** (art. 1450), et en privilégiant, même en présence d'un arbitrage institutionnel, **le choix premier des arbitres par les parties** (art. 1452 CPC qui veut que les arbitres soient désignés par la volonté des parties, à défaut par le Centre d'arbitrage, à défaut par le juge d'appui).

**Ce signe de méfiance n'est pas étendu en matière internationale** où l'on ne trouve aucune restriction de ce type. Bien au contraire, le rôle des institutions permanentes d'arbitrage a été expressément reconnu dans les conventions internationales.

- 3° **La mission juridictionnelle de l'arbitre** : elle existe et donc l'arbitrage existe **si l'arbitre tranche une contestation**, exigence universellement reconnue tant dans les conventions internationales qu'en droit interne. Il faut encore que **la décision de l'arbitre s'impose aux parties**, ce qui permet de distinguer l'arbitrage d'autres procédures, de la **médiation** par exemple, quand l'avis du tiers n'est pas obligatoire. Il s'agit là d'une difficulté essentielle qui tient à l'identification de l'arbitrage.

## 2. LES DIFFERENTS TYPES D'ARBITRAGE

- **L'arbitrage institutionnel** : celui que les parties décident de placer sous l'égide d'un centre, d'une **institution d'arbitrage**, institution qui a pour rôle principal **l'organisation de l'arbitrage**. Les institutions d'arbitrage sont **nombreuses**, d'importance, de compétence et de durée de vie variables. Elles peuvent intervenir dans des **domaines spécialisés** (comme dans le domaine des litiges maritimes la London Maritime Arbitrators Association, LMAA) ou être à **vocation générale**, avoir une **dimension nationale, régionale ou internationale** (c'est le cas de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale). Le développement de l'arbitrage international s'est fait au profit de l'arbitrage institutionnel, dont les avantages sont nombreux.

L'institution élabore un **règlement d'arbitrage** qui fixe les **principales règles** qui gouverneront la **procédure arbitrale**, ainsi que les **pouvoirs** et les **devoirs** des arbitres. Elle dispose d'un **secrétariat** qui assure la liaison entre les parties et les arbitres, ainsi qu'un certain nombre de tâches matérielles. Un organe au sein de l'institution est également chargé de **veiller au bon déroulement de l'arbitrage et de résoudre les éventuelles difficultés** : fixation du siège, intervention dans la constitution du tribunal arbitral, prorogation du délai de l'arbitrage, etc. Ainsi **l'institution se substitue dans un certain nombre de cas au juge du siège**, ce que le droit français reconnaît (art. 1452 à 1454 à propos des difficultés lors de la constitution du tribunal arbitral, 1456 et 1457 en cas d'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité, des causes de l'abstention ou de démission notamment). L'institution met également à la disposition des parties des **listes d'arbitres** et des **clauses d'arbitrage type**.

Tout ceci doit assurer à la fois **sécurité** (car l'institution pense pour les parties à toutes les difficultés qui pourraient se présenter) et **souplesse** puisque le plus souvent, les parties pourront déroger aux dispositions du règlement applicable.

Cet arbitrage représente néanmoins un **coût élevé** puisque les services de l'institution doivent être rémunérés.

- **L'arbitrage ad hoc** : il se développe sans aucune structure et ne lie que les parties et les arbitres, qui dès lors bénéficient de la plus grande liberté dans l'organisation de l'arbitrage.

Il peut ainsi **s'adapter au cas particulier de chaque espèce**. Il laisse bien souvent **les arbitres libres de définir eux-mêmes les règles essentielles** (car les parties n'auront pas songé à tout à l'avance et ne parviendront plus à s'entendre, une fois le litige né).

Il est possible pour les **parties de s'en remettre à un règlement d'arbitrage** sans pour autant entrer dans le cadre d'un arbitrage institutionnel. D'ailleurs la commission des Nations Unies pour le Droit du commerce international (CNUDCI) a élaboré en 1976 un **règlement d'arbitrage** qui s'adresse spécialement aux parties à un arbitrage ad hoc. Il a connu un grand succès et a été récemment révisé en 2010.

### 3. DISTINCTIONS DE L'ARBITRAGE.

L'arbitrage fait intervenir un ou des **tiers**, le ou les arbitres, qui va devoir rendre une **sentence, à laquelle vont se soumettre les parties, à laquelle elles promettent de se soumettre avant d'en connaître le contenu**. Si **en droit** (du moins en droit interne, car **les difficultés de qualification sont accrues dans l'arbitrage international** en raison des conceptions différentes que les droits étatiques peuvent retenir) les définitions et les distinctions sont claires, **dans la pratique** il est parfois difficile de reconnaître le tiers qui intervient comme **arbitre**, ou comme **expert** ou encore comme **conciliateur ou médiateur**.

Avant d'entrer dans les détails, soulignons d'emblée **l'intérêt pratique des distinctions** que nous allons établir, lorsqu'un tiers est intervenu pour donner une solution entre des parties.

. D'abord à propos de la **validité de la convention** organisant l'institution : **la clause compromissoire est valable** en matière civile seulement **entre professionnels**, et **elle est nulle autrement**, alors que **la clause de conciliation ou d'expertise, voire de mandat commun, sera parfaitement valable**. Les conditions de formes imposées par l'article 1443 du Nouveau Code de procédure civile (d'après lequel **la convention d'arbitrage doit être écrite**) ne s'appliquent pas à la convention organisant une procédure non arbitrale, de même que l'interdiction de **confier la mission d'arbitrer à une personne morale**.

. Quant au **fonctionnement de l'institution**, l'exigence **d'imparité**, les **principes directeurs du procès**, dont par exemple le respect du principe du contradictoire, ne s'appliquent qu'à des instances arbitrales. Ainsi l'ensemble des règles organisant l'arbitrage sont exclues si la qualification conduit à qualifier de non arbitrale l'institution litigieuse.

. Enfin, le **régime de la solution** émanant du tiers **dépendra de la qualification** de sa mission. Celle-ci devra être **motivée** s'il s'agit d'une mission d'arbitrage et **l'autorité de la chose jugée**, qui s'attache à la sentence, met celle-ci à l'abri de l'action en nullité par laquelle il est possible d'attaquer l'acte contractuel pour vice du consentement ou pour

absence d'objet ou de cause. À l'inverse, **seule la sentence arbitrale sera l'objet des voies de recours prévues par le Code de procédure civile**. Enfin, l'**exequatur** suffit pour obtenir l'exécution forcée de la sentence, alors qu'un jugement sera nécessaire s'il s'agit d'obtenir l'exécution d'un contrat.

Or en pratique **il n'est pas toujours facile de distinguer l'arbitrage** de l'expertise ou de la conciliation ou de la médiation notamment.

. **L'expert se prononce sur des faits, ne donne qu'un avis qui ne lie pas celui qui l'a nommé** mais **quand cet avis permet de terminer la contestation** entre les parties, la confusion est possible.

. Le médiateur **tente d'amener les parties à un accord**, en organisant et en orientant les négociations.

. Le conciliateur joue un rôle plus actif et **prépare un projet de conciliation** qu'il soumet à l'accord des parties.

Mais dans la pratique ce n'est pas aussi simple car il arrive que **la rédaction des clauses contractuelles mêle tous ces mécanismes** (Clause soumise à l'appréciation du TGI de Paris, *TGI Paris, ord. des référés, 22 avr. 1983 : Rev. arb. 1983, p. 479, note Moreau : Le litige sera soumis à un collège arbitral, chaque partie choisissant un expert (sic) ; si les deux premiers arbitres n'étaient pas d'accord, un troisième serait alors nommé ; en cas de désaccord persistant, les tribunaux de Paris seraient seuls compétents...*).

Il arrive aussi que **les parties s'en remettent à « un conciliateur » et déclarent, accepter par avance sa solution**. Il arrive encore que **les parties s'entendent devant les arbitres**, et même qu'elles leur demandent de **rendre une sentence qui reprendra la teneur de leur accord mais qui pourra bénéficier des attributs d'une sentence arbitrale** (sentence d'accord parties).

Ces situations aux frontières imposent de déterminer les **critères de l'arbitrage**, critères qui permettent de l'identifier et qui vont autoriser le juge à requalifier le mécanisme envisagé par les parties. Trois critères cumulatifs :

- 1<sup>er</sup> critère essentiel : l'arbitre doit être un **tiers indépendant** des parties.

- 2<sup>ème</sup> critère essentiel : **l'existence d'un litige**. Il ne faut donc pas un simple désaccord entre les parties, mais l'affrontement de prétentions juridiques antagonistes, une opposition d'intérêts fondée sur des prétentions juridiques.

- 3<sup>ème</sup> critère essentiel : **volonté de confier au tiers un pouvoir juridictionnel pour trancher ce litige**. Le **droit français** retient ici avec d'autres un **critère étroit**. Cette



conception conduit à **exclure du domaine de l'arbitrage la mission du tiers consistant en la fixation d'une obligation**, même si celle-ci fait l'objet d'un désaccord entre les parties (« arbitrage contractuel »). L'arbitrage contractuel vise le cas où les parties qui ne parviennent pas à s'entendre au moment de la conclusion du contrat sur tous les points **confient à un tiers le soin de compléter le contrat initial ou de l'adapter** en cas de modification des circonstances. **Cette mission relève en droit français du mandat commun**. Exemple : **art. 1592 du Code civil** pour la détermination du prix, le législateur parlant à tort de « l'arbitrage d'un tiers ». Mais **il n'est pas toujours aisé de déterminer si le tiers ne vient pas justement trancher un litige**. Et par-delà cette exigence il faut relever **qu'en matière internationale** il paraît préférable de **retenir une conception large de l'arbitrage, de nombreux États estimant qu'il s'agit bien d'arbitrage**, notamment dans le cas du tiers qui intervient pour adapter le contrat à l'évolution des circonstances (clauses d'adaptation).

- **Appui de critères subsidiaires :**

. **La force obligatoire de la décision du tiers** : elle permet de distinguer l'arbitrage de l'expertise ou de la conciliation, mais ce critère n'est pas décisif, car la force obligatoire de la décision du tiers peut avoir une source conventionnelle et non juridictionnelle.

. L'ignorance **par les parties de la solution du tiers au moment où celle-ci devient obligatoire**. La connaissance par les parties de la solution donnée par le tiers, au moment où celles-ci s'engagent à la respecter, permet d'écarter à coup sûr la qualification d'arbitrage. Le critère permet ainsi de **bien distinguer l'arbitrage de la conciliation, de la médiation ou de la transaction**.

#### **4. AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE L'ARBITRAGE.**

Ainsi identifié, l'arbitrage présente des avantages et des inconvénients qui lui sont propres.

Du côté des avantages :

- 1° **Confidentialité**. C'est le premier avantage souligné par les acteurs de l'arbitrage. Alors que **les décisions judiciaires sont nécessairement publiques**, les arbitrages rendus sont confidentiels, et **ce secret sert les intérêts du monde des affaires**. Le **déroulement de l'instance arbitrale, les pièces échangées, la sentence elle-même, les avis personnels des arbitres émis lors des délibérations restent secrets** car les documents de l'arbitrage sont considérés comme des documents privés. Cet avantage explique pourquoi les affaires délicates et engageant de forts enjeux financiers sont de préférence réglées par la voie arbitrale.

- 2° **Choix des arbitres par les parties**. Alors que les parties ne choisissent pas leur juge, elles peuvent choisir leur arbitre. L'arbitrage est d'abord une **relation de confiance** entre les parties et les arbitres. L'arbitre sera aussi choisi en raison de la **compétence**

**juridique ou technique** qu'il a su développer dans la matière qui touche au litige, ou en raison de son **appartenance au milieu professionnel** auquel appartiennent les parties, ou encore en raison de son **autorité morale** qui justifie la confiance que les parties placent en lui.

En **droit international** la possibilité offerte aux parties de choisir leur juge revêt une dimension particulière, car les parties peuvent alors **choisir un juge « neutre », qui n'est pas celui des parties**. Or le souci de neutralité de la justice est particulièrement présent dans le commerce international. Aucune partie ne tient à ce qu'un différend contractuel soit porté devant la justice de son cocontractant. **Cette préoccupation est particulièrement forte pour les litiges relatifs à des contrats d'États**, qui opposent un État ou un organisme public et un opérateur privé étranger. L'arbitrage peut ainsi rassurer les parties en offrant un juge neutre et un terrain neutre. **Également par le choix du droit applicable**, le recours à l'arbitrage va permettre une **neutralisation des facteurs nationaux ou locaux** et une **véritable adaptation du litige aux besoins des échanges internationaux**. Quant à la **procédure**, celle-ci pourra être adaptée et ainsi être anationale. Quant au fond du droit, les arbitres peuvent en matière internationale s'affranchir de la loi étatique au profit de la *lex mercatoria*. Mais plus souvent encore les parties choisiront de se placer sous l'égide d'un droit étatique, lequel offre accès à l'information et prévisibilité, qui leur convient.

- 3° **Rapidité**. Le droit de l'arbitrage conçoit la rapidité comme l'un des avantages de l'institution, et tend à rendre effective cette promesse. À défaut de convention contraire entre les parties, le délai légal de l'instance est fixé à **six mois en matière interne (art. 1463)**. Ce délai est bien souvent prorogé, et c'est surtout à la fois **l'intervention du juge d'appui** (Président du TGI saisi comme juge des référés) en cas de problème, ainsi que **la renonciation présumée au double degré de juridiction** qui raccourcit la procédure.

- 4° **Une justice animée par une forte logique d'équité**. L'arbitre est un juge mais il reste souvent animé par une logique d'équité. Telle est traditionnellement l'image de l'arbitre, juge en équité alors que le juge judiciaire juge en droit. Cette caractéristique a longtemps été essentielle pour le monde des affaires qui veut **préserver de bonnes relations avec ses partenaires**, ce que permet le jugement en équité dans lequel nul ne perd complètement. **Cet aspect est moins vrai aujourd'hui car d'une part le juge judiciaire peut lui aussi trancher en équité** si les parties lui confient ce pouvoir (art. 12 NCPC d'après lequel les parties peuvent confier au juge les pouvoirs d'amiable compositeur) ; **d'autre part en matière internationale les arbitrages en équité sont très rares**, les parties préférant les arbitrages en droit, dans un souci de prévisibilité.

- 5° **La contractualisation de l'arbitrage**. L'origine contractuelle de l'arbitrage en fait une **institution sur mesure**, qui permet aux parties comme aux arbitres d'organiser la procédure qui correspond le mieux aux litiges à arbitrer.

Ainsi les parties peuvent choisir un **arbitre unique**, lorsque les parties ont la chance de rencontrer **celui qui aura leur commune confiance** ; un **tribunal collégial aux compétences multiples** pourra être constitué, lorsque le litige soulève à la fois des difficultés techniques et juridiques.

La **durée de l'arbitrage** est également à la disposition des parties. Certains litiges peuvent être arbitrés dans des **délais très courts** et même si cela est rare, l'intérêt de l'arbitrage est de **permettre aux parties de contrôler raisonnablement la durée de l'instance arbitrale**.

Mais c'est surtout dans **l'organisation de l'instance arbitrale** que l'institution manifeste son exceptionnelle adaptabilité. Les arbitres étant par principe dispensés de suivre les règles établies pour les tribunaux, **il appartient au tribunal arbitral de créer les règles de procédure les mieux adaptées au litige dont il est saisi**. Le tribunal arbitral pourra instituer un habile compromis entre la **procédure écrite et la procédure orale**, en insistant par exemple sur cette dernière lorsque les parties sont physiquement présentes à l'audience devant les arbitres.

Enfin, selon la nature des relations existantes entre les parties et l'objet du litige, les parties pourront donner à l'arbitrage une **coloration plus ou moins contentieuse**, en particulier en confiant dans la convention d'arbitrage aux arbitres **les pouvoirs d'amiabes compositeurs ou en leur donnant pour mission de juger en droit**. L'on constate en pratique que **l'amiable composition ne se conçoit qu'entre plaideurs unis par une solidarité suffisamment forte**, soit que celle-ci émane du **groupe professionnel** auxquels ils appartiennent, soit qu'elle naisse de la **nature de la relation contractuelle** qui les lie et qui exige leur **coopération** animée par des **intérêts communs**. L'arbitrage d'amiable composition permettra aux parties de **surmonter leur litige et de poursuivre leurs relations d'affaires** au prix, il est vrai, des **concessions imposées** par les arbitres. À l'inverse, **l'arbitrage en droit** devra être préféré dans les contrats à court terme, conclus dans le **cadre de relations ponctuelles**, en l'absence de courant d'affaires habituel. Il est donc aussi **préféré en matière internationale**, sans doute dans un souci de **prévisibilité**, afin que les parties mesurent bien les conséquences de la loi applicable qu'elles peuvent choisir.

Du côté des **inconvenients** :

- 1° **Coût de l'arbitrage**. L'arbitrage entraîne des **frais élevés** dont l'excès a parfois été dénoncé. Les **honoraires et frais des arbitres**, à la différence du traitement d'un juge fonctionnaire de l'État, doivent être **payés par les parties**. Il peut être nécessaire de désigner un **secrétaire** ou un **greffier** pour administrer la procédure dans certains arbitrages importants, voir de **louer des locaux** pour les réunions et les audiences. L'arbitrage organisé par les institutions d'arbitrage entraîne le paiement « de **frais d'administration de l'arbitrage** », destinés à rémunérer les services rendus par l'institution.

Le recours à l'arbitrage permet tout de même certaines économies : il rend inutile le **recours à l'expertise**, lorsque les arbitres sont eux-mêmes des experts. Également **l'absence de formalisme** de la procédure élude l'intervention d'auxiliaires de justice. Surtout **l'absence de double degré de juridiction** lorsque les parties ont renoncé à tout recours réduit l'écart existant entre le coût des deux procédures, étatique et arbitrale.

- **2° Risque de partialité des arbitres.** Ce risque est plus important que devant le juge de l'État. **L'arbitre**, juge occasionnel, **peut entretenir des liens**, en particulier professionnels, avec l'une des parties ou même ses conseils, ses associés (tous ceux à qui elle est liée professionnellement par une structure), ignorés de l'autre partie. Certes, le droit de l'arbitrage tente **d'éliminer ce risque préventivement**, en obligeant chaque arbitre, au moment de sa désignation, à informer sur toute cause potentielle de récusation, l'arbitre devant révéler « *toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité* »(art. 1456 al 2). Mais, l'expérience montre que **les incidents de récusation restent plus nombreux dans l'arbitrage que devant les tribunaux publics**. Il faut donc toujours vérifier les antécédents ou la position de tout arbitre pressenti.

- **3° Difficultés de l'arbitrage multipartite.** La procédure arbitrale soulève des difficultés spécifiques lorsqu'elle a pour objet des **litiges intéressant plus de deux parties**. À la différence d'un tribunal étatique, **un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'ordonner la jonction de plusieurs instances**. Cette jonction n'est possible que si toutes les parties l'acceptent. Il peut en résulter une dispersion des procédures devant différentes juridictions arbitrales et étatiques, contraire à une bonne administration de la justice et génératrice de frais supplémentaires.

- **4° Absence d' « imperium » du tribunal arbitral.** *L'imperium* est le pouvoir de contrainte qu'exerce le juge par délégation de l'État. **L'arbitre, investi par des particuliers, à titre privé, ne peut avoir d'imperium.**

. Si l'arbitre peut enjoindre l'une des parties à produire un élément de preuve, au besoin sous peine d'astreinte(*NCPC, art. 1467 al. 3*), en raison du contrat qui le lie aux parties, **ce pouvoir disparaît à l'égard des tiers. Et même à l'égard des parties, l'arbitre ne peut que tirer des conclusions de l'inaction de la partie interpellée.**

. De même, le tribunal arbitral n'a **pas le pouvoir d'ordonner la comparution des témoins**. L'arbitre n'est pas non plus habilité à recevoir un serment.

. Enfin, l'absence d'*imperium* de l'arbitre a enfin comme conséquence que **l'arbitre ne peut conférer la force exécutoire à sa sentence**. Celle-ci doit être obtenue du **juge de l'exequatur**. À dire vrai, ce dernier inconvénient est mineur, car, en droit français, la procédure d'exequatur est simple et rapide, le juge ne se livrant pas à cette occasion à un contrôle au fond de la sentence mais à un simple contrôle *prima facie*.

## 5. LES SOURCES DE L'ARBITRAGE.

- Les **sources nationales** restent d'abord importantes en matière d'arbitrage, qu'il soit interne ou international. Ces sources nationales sont **récentes** puisque dans nombre de pays **l'arbitrage a été récemment réformé**, dans un sens favorable. Et **ces sources tendent à se ressembler**, sans doute inspirées par la **loi type CNUDCI élaborée en 1985 par la Commission des NU** pour le droit du commerce international. Il s'agissait d'une loi modèle qui a largement été suivie.

Le droit français de l'arbitrage a surtout été élaboré par la **jurisprudence**, de la **Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris**, mais ce droit a aussi donné lieu à d'importantes réformes par le **décret du 14 mai 1980** réglementant en 50 articles l'arbitrage interne (à titre de comparaison le Code de procédure civile de 1806 ne contenait que 25 articles réglementant le seul arbitrage interne). Il a été immédiatement suivi par un **décret du 12 mai 1981** réglementant pour la première fois dans notre droit l'arbitrage international, en quelques articles seulement. Cette réforme avait pour but de **promouvoir l'institution et d'en assurer l'efficacité**. L'arbitrage international était délibérément peu réglementé pour laisser une grande place à la volonté des parties. Et les solutions jurisprudentielles n'ont pas été remises en cause, voire même ont été consacrées. La **jurisprudence** a ainsi pu continuer son œuvre, **accentuant la philosophie libérale de l'institution ainsi que sa vocation universelle**. La jurisprudence a ainsi continué de dégager un certain nombre de **règles matérielles**, se débarrassant sur un certain nombre de points des **contingences relatives à la détermination du droit applicable en vertu des règles de conflits de lois**.

**Règle de conflit de lois** : règle qui tenant compte des liens qu'une situation présente avec plusieurs systèmes juridiques, **prescrit l'application à cette situation d'un de ces systèmes de préférence aux autres**. Le droit international ne vient pas alors régler la situation en cause. Il se contente de désigner le droit étatique qui s'appliquera à la situation.

**Règle matérielle ou substantielle** : la règle qui régit directement la situation internationale. Cette fois le Droit international privé ne renvoie pas à un droit étatique. Il contient en lui-même la solution juridique applicable, qu'elle relève de conventions internationales ou de la *lex mercatoria*, soit des usages observés entre commerçants et de principes consacrés par les sentences arbitrales ou énoncés par les organisations internationales.

C'est dans cet esprit que **les restrictions encore posées en droit interne** ont été en partie levées par la **loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles réglementations économiques**, laquelle a permis la clause compromissoire en matière civile, à la condition qu'elle soit stipulée entre professionnels. (art. 2061 C. civ.).

Ensuite, parce que le droit français paraissait trop succinct et que la jurisprudence demeurait importante, le Comité français de l'arbitrage a émis l'idée d'une **nouvelle réforme dès 2006**, afin de clarifier les acquis jurisprudentiels et d'apporter certaines corrections afin d'assurer encore un meilleur fonctionnement de l'arbitrage en France,

ce qui pouvait contribuer à le rendre plus lisible et plus attrayant encore. Cette initiative relayée par le pouvoir réglementaire a abouti au **décret du 13 janvier 2011**. Aujourd'hui c'est l'arbitrage ouvert aux personnes morales de droit public qui reste en discussion en droit interne.

Enfin, la **loi du 18 novembre 2016** pour une Justice du XXème siècle a réformé l'article 2061 du Code civil de manière discrète mais considérable : la clause compromissoire est désormais valable en toute circonstance mais opposable uniquement à un professionnel, point à un non-professionnel *qui pourrait toutefois choisir de ne pas évoquer cette inopposabilité*.

Enfin, la **loi du 23 mars 2019** de programmation et de réforme de la justice qui outre la promotion des modes alternatifs de règlements des différends (caractère obligatoire des tentatives de règlement amiable et préalable des conflits, en dessous d'un certain seuil et en matière de conflits de voisinage, la mise en état conventionnelle, modes alternatifs électroniques via des plateformes de médiation et de conciliation, Loi. 23 mars 2019, art.4-1), c'est « l'arbitrage en ligne » qui a fait l'objet d'une prise en compte à la fois pour admettre qu'une sentence puisse être rendue sous forme électronique, ce qui n'est guère innovant, et les services d'arbitrage en ligne, rémunérés ou non, par des personnes physiques ou morales, sous différentes réserves, respect de la confidentialité, protection des données mais également, et surtout, l'interdiction des sentences élaborées par des algorithmes, sans intervention humaine (art. 4.3), déjà interdits pour les décisions administratives.

- Les **sources internationales** : les conventions internationales sont importantes en matière d'arbitrage. Aucune n'énonce de règles uniformes couvrant l'ensemble de la matière arbitrale. Elles portent plutôt sur des **points précis**, afin de poser des **règles libérales** et de viser à une **certaine uniformisation** du droit de l'arbitrage.

. **Protocole de Genève du 24 décembre 1923** relatif aux clauses d'arbitrage, qui a pour but de faire reconnaître par les États signataires la **validité du compromis et de la clause compromissoire dans les contrats du commerce international**. Puis **Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères**, visant à favoriser l'exequatur des sentences rendues sur le territoire d'un État contractant avec les autres États contractants.

. Mais la convention qui a permis l'essor de l'arbitrage international est la **Convention de New York du 10 juin 1958** pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Il s'agit d'un Traité multilatéral conclu sous l'égide des Nations Unies et qui lie aujourd'hui plus de 150 pays (156 États aujourd'hui, et l'on peut citer le Burundi, les Comores, les États de Palestine, la République démocratique du Congo parmi les derniers signataires). En raison du **grand nombre de signataires**, cette convention est un **élément fondamental de la circulation des sentences arbitrales**, car elle **permet d'obtenir facilement dans un pays l'exécution d'une sentence**

**rendue dans un autre.** Elle soumet en effet la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale à un **contrôle allégé**, ne portant que sur quelques points précis et limités. En France l'impact de cette Convention est toutefois limité car **le droit français est considéré comme plus favorable encore**, et il s'applique à ce titre, d'après un mécanisme prévu par la Convention elle-même. En revanche quand l'arbitrage est localisé ailleurs ou multi localisé, la Convention conserve une très grande importance.

Il y a d'autres grandes conventions internationales, comme celle de **Genève du 21 avril 1961 qui entend régir l'arbitrage commercial international**. Il faut citer également la **Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI** (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), convention qui crée un arbitrage spécifique, protégé des droits étatiques et bénéficiant d'une grande autonomie. Recours en annulation notamment devant un comité ad hoc, et non devant une juridiction étatique.

**Nombreuses conventions régionales** en matière d'arbitrage international : Convention interaméricaine de Panama du 30 janvier 1975, Convention d'Amman du 14 avril 1987 créant un centre arabe d'arbitrage commercial, Traité OHADA du 17 octobre 1993 pour l'Afrique.

Pour l'instant **le droit européen s'est quant à lui très peu emparé de l'arbitrage**. Mais des questions préjudicielles peuvent être posées par des juges confrontés à l'arbitrage, en tant que juge d'appui ou juge de contrôle.

Il faut enfin citer **deux sources privées** en matière d'arbitrage : le **Règlement CNUDCI du 28 avril 1976**, recommandé pour le règlement des litiges nés de relations commerciales internationales. Il peut être adopté par les parties dans les arbitrages ad hoc. Le second texte est la **loi type CNUDCI du 21 juin 1985**, modèle de législation relativement complet proposé aux États désireux de moderniser leur droit de l'arbitrage.

Le cadre étant posé, passons au déroulement de la procédure arbitrale, qui commencera par une convention d'arbitrage.

## I. LA CONVENTION D'ARBITRAGE.

L'arbitrage commence par une convention d'arbitrage, par laquelle **les parties expriment leur volonté de soustraire leur différend à la compétence de la justice étatique**, de droit commun, pour le faire trancher par des arbitres.

Il existe deux types de conventions d'arbitrage :

- La **clause compromissoire** est la convention par laquelle les parties à **un ou plusieurs contrats** (hypothèse de la conclusion d'un **contrat cadre** qui va donner naissance à d'autres contrats échelonnés dans le temps) s'engagent, avant toute contestation, à soumettre à l'arbitrage les différends qui viendraient à s'élever entre elles à l'occasion de ce ou ces contrats (CPC, art. 1442 al 2).

- Le **compromis** est la convention par laquelle les parties soumettent un **litige déjà né** à l'arbitrage (art. 1442 al. 3).

Cette **distinction classique** a beaucoup **moins d'incidence en droit interne depuis la réforme de 2011**. Elle n'a **pas lieu d'être en droit international**. Ce sont donc les conventions d'arbitrage qui seront traitées.

### A. LE PRINCIPE D'INDEPENDANCE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR RAPPORT AU CONTRAT PRINCIPAL.

En droit interne comme en droit international, **la convention d'arbitrage est dite indépendante ou autonome par rapport au contrat qui la contient**.

Ce principe revêt **deux aspects auquel s'ajoute un troisième en droit international** :

- 1° Ainsi la **nullité de la clause compromissoire** (exemple d'un litige non arbitral) **n'affecte pas le contrat principal, qui n'est pas nul pour autant**. La clause sera simplement **réputée non écrite** (art. 1447, al. 2).

- 2° Ainsi également **la nullité du contrat n'affecte pas la clause**, qui survit et qui est donc en cela indépendante, autonome. Cette solution a été dégagée à propos de l'arbitrage international par la Cour de cassation dans **l'arrêt Gosset du 7 mai 1963 (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>)**, afin de **valider une sentence arbitrale** rendue par un arbitre à partir d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat nul.



Arrêt de principe : Cass. Civ. 7 mai 1963, 1<sup>ère</sup>, Ets **Gosset** c/ Carapelli : « En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, possède toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une **complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte** ».

La jurisprudence française a affirmé à partir de là un **principe de validité de la clause compromissaire, règle matérielle détachée de toute loi étatique**. Le principe est si répandu ailleurs (droit suisse, loi-type CNUDCI), Allemagne, Italie, Angleterre) qu'il apparaît aujourd'hui comme un **principe général du droit de l'arbitrage international**. Ainsi les **vices et les défauts qui rendent le contrat inexistant, nul, résolu, résilié ou qui entraînent la novation du contrat n'atteignent pas la convention d'arbitrage**.

En **droit interne l'admission de ce principe a été beaucoup plus lente**, et ce n'est qu'en **avril 2002 que deux chambres différentes de la Cour de cassation se sont prononcées dans le même sens** (2<sup>ème</sup> chambre civile, arrêt Barbot du 4 avril 2002, et chambre commerciale, arrêt Toulousy du 9 avril 2002). Le **décret de 2011 a ensuite repris ce principe**, en préférant le terme « indépendance » de la clause plutôt qu'autonomie (art. 1447 al. 1<sup>er</sup> CPC : La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte » et ce **que le contrat n'ait jamais existé ou qu'il n'existe plus**. Le débat a existé en **doctrine**, certains refusant ce principe d'autonomie lorsque le contrat n'avait jamais existé, le réservant au cas où le contrat avait cessé d'exister. Pour mettre définitivement fin à ce débat, le décret décide que la clause subsiste malgré **l'inefficacité** du contrat, ce qui couvre l'ensemble des vicissitudes que le contrat principal peut connaître. Cette indépendance va même **entrer dans le Code civil** puisque le futur article 1230 pris dans le cadre du projet de réforme du droit des obligations, prévoit que la résolution du contrat n'affectera pas les clauses relatives au règlement des différends, ce qui vise au premier chef la clause compromissaire.

**Conséquence** : **l'arbitre va ainsi pouvoir être le juge du contrat, susceptible de régler toutes les questions contentieuses pouvant se poser à son sujet**. Il est aussi, en vertu du principe compétence-compétence, **à même de juger s'il est compétent malgré la nullité du contrat contenant la clause**.

Ce principe doit encore être **justifié** car il ne va pas de soi et se combine mal avec un autre principe, celui de la **transmission de la clause compromissaire avec le contrat principal**. D'un côté la clause est indépendante du contrat, d'un autre elle ne l'est pas puisqu'elle se transmet avec lui.

La principale justification avancée aujourd'hui **en droit** vient de ce que **le contrat et la clause n'ont pas le même objet**, et alors que pour le contrat son objet serait les **droits substantiels**, pour la clause son objet serait **d'ordre processuel**. La clause

**compromissoire** est donc **un accessoire** non des droits substantiels eux-mêmes, mais du **droit d'action tiré du contrat**, et ce **droit d'action est autonome par rapport au contrat principal**. Pour P. Mayer toutefois la **clause ne peut pas être autonome car elle serait inconcevable sans le reste du contrat**. Et son objet même serait le reste du contrat, puisqu'elle vise à prévoir le règlement des litiges nés des autres clauses contractuelles. Cet auteur préfère donc parler de **séparabilité** de la clause.

**En opportunité le principe se justifie aisément**. Sans lui **il aurait suffi à l'une des parties de résilier le contrat pour faire tomber la clause**. Plus généralement la nullité du contrat aurait privé le tribunal arbitral de sa compétence pour trancher le litige, ce qui aurait constitué un frein sérieux au développement de la justice arbitrale.

- En **droit international**, l'autonomie de la clause s'analyse aussi 3° comme une **autonomie relativement à toute loi étatique**. La Cour de cassation l'a notamment affirmé en 1991 (Civ. 1<sup>ère</sup> 25 juin 1991). Cela signifie que **l'existence et la validité** de la clause compromissoire s'apprécie d'après la **commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique (refus de la méthode conflictualiste**, difficile à mettre en œuvre pour la clause compromissoire : elle est plutôt un contrat qu'une procédure, lois étatiques différentes suivant que l'on apprécie la capacité des parties, la validité de la clause, etc. **Recherche « non pas d'un contrat sans loi mais d'un contrat sans conflit de loi »**, suivant l'expression figurant dans le traité de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*).

Cette règle souligne la **spécificité de l'arbitrage international** et permet de **soustraire l'arbitrage international aux aléas du conflit de lois et aux restrictions posées par les différents droits étatiques**, comme celle qui interdit à un non-commerçant de stipuler une clause compromissoire, en droit français par exemple. Cf. la **décision rendue le 4 juillet 1972** par la Cour de cassation (**Hecht c/Sté Buismans**). La question de la validité de la clause compromissoire se posait en raison de son inclusion dans un **contrat de mandat exclusif dont il était soutenu qu'il était un contrat mixte** et non pas commercial, par référence au droit français. Pour la Cour de cassation dans l'affaire Hecht, « ayant **relevé le caractère international du contrat** qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international **l'accord compromissoire présente une complète autonomie**, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application ». **Cet arrêt est considéré comme le premier qui renonce à la méthode conflictualiste** au profit de règles matérielles, soit des règles substantielles posées par le juge étatique destinées à régir une situation internationale.

Il reviendra donc aux arbitres d'examiner s'ils sont compétents.

## B. LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.

**Cinq conditions** sont posées par la loi : la capacité des parties qui se soumettent à l'arbitrage, l'arbitrabilité du litige, la forme écrite, la désignation des arbitres, l'objet du litige.

- **1<sup>ère</sup> condition : la capacité et le pouvoir de compromettre.** En dehors des **questions de capacité civile** qui sont classiques et qui relèvent du droit commun, deux situations méritent quelques développements : les personnes morales de droit public et ceux qui interviennent pour le compte d'une société.

. Pour les **personnes morales de droit public**, traditionnellement, et depuis le Code de Procédure civile de 1806, celles-ci ne peuvent compromettre, à la fois parce que **l'intérêt public** étant en cause dans ce genre de litiges, la compétence des juridictions administratives est pensée comme impérative (on ne peut abandonner à un juge privé le règlement d'intérêts publics). Également parce que traditionnellement encore les personnes morales de droit public n'ont **pas la même liberté de vouloir, d'agir, de disposer et de s'engager que les personnes ordinaires.**

Une exception importante a toutefois été prévue par le législateur dans la loi du 9 juillet 1975, qui précise que les **EPIC (Établissements Publics à caractère industriel et commercial)** peuvent être **autorisés par décret** à compromettre. La SNCF, La Poste, France Telecom ont ainsi été autorisés à compromettre. Plus récemment une ordonnance du 17 juin 2004 qui crée un nouveau type de contrats administratifs, les **contrats de partenariat**, prévoit à leur égard le recours à l'arbitrage suivant des modalités particulières. Ces contrats visent à assurer le **financement par des sociétés privées de la construction d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public**. Il est question depuis d'ouvrir l'arbitrage aux personnes morales de droit public par principe, et donc de renverser le principe d'interdiction qui s'est maintenu jusque là. Mais les milieux de l'arbitrage ne s'y montrent guère favorables car **ils craignent la compétence du juge administratif en cas de litige, qui serait susceptible de s'imposer même dans l'arbitrage international**, quand ce sont des personnes de droit public qui compromettent. Il s'agirait de garder sa compétence au juge judiciaire, très favorable à l'arbitrage. De plus les derniers soubresauts de l'affaire Tapie ont probablement fait de la libéralisation de l'arbitrage en matière administrative un sujet délicat.

. Quant aux **dirigeants de sociétés, ils peuvent compromettre sans pouvoir spécial**, la jurisprudence considérant que le fait de compromettre est un **acte de gestion courante** pour une société. **La question est plus délicate pour ceux qui ne sont pas dirigeants au sens de la loi, comme l'administrateur, l'associé, un salarié de la société...** A priori les solutions devraient être ici plus restrictives puisque ces personnes ne détiennent pas le pouvoir d'engager la société. Elles devraient donc disposer d'un **pouvoir spécialement donné par mandat**. Mais la jurisprudence se montre bien moins

exigeante, même en matière d'arbitrage interne. Ainsi, dans le cas d'un **compromis d'arbitrage signé par un simple directeur financier dépourvu de délégation particulière** et dont le défaut de pouvoir de représenter la société au compromis était invoqué au soutien d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a écarté ce motif (Aix-en-Provence, 4 juin 2003) car il n'était pas expressément cité par l'article (art. 1484 et 1492 depuis la réforme du 13 janvier 2011) qui prévoit les cas de recours en annulation. La doctrine a pu en déduire que **« la société est engagée à l'arbitrage par son représentant, même dépourvu de son pouvoir légal »**.

Peut-être cette **solution en droit interne est-elle inspirée du droit international où un principe de pouvoir est reconnu**. En effet en matière d'arbitrage international la jurisprudence française retient que « l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du **principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la commune volonté des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société** » (Civ. 1<sup>ère</sup> 8 juillet 2009, *Soerni*). On peut s'interroger sur la possible extension de cette solution à l'arbitrage interne, compte tenu de la tendance de la jurisprudence à transposer ses solutions relatives à l'arbitrage international, et sur son éventuelle généralisation à tout mandataire prétendu. Il est toutefois **plus facile en droit interne de vérifier les pouvoirs du prétendu mandataire** et la théorie de l'apparence paraît devoir recevoir moins de force.

- **2<sup>ème</sup> condition : un litige arbitral.**

- **En droit interne en matière civile, la question est réglée par l'article 2059 du Code civil** (« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », c'est-à-dire sur les droits pouvant faire l'objet d'actes de disposition). Puis l'article 2060 vient préciser que l'on ne peut compromettre sur les **questions d'état et de capacité des personnes**, celles relatives au **divorce**, sur les **contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public**. L'article 2061 vient enfin tempérer cette défaveur, affirmant que la clause compromissoire est désormais valable dans tous les contrats, civils et commerciaux, passés à raison d'une **activité professionnelle (art. 2061 C. Civ.)**, depuis la réforme NRE (Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques) du 15 mai 2001 (rédaction issue de la loi de 2001, art. 2061 Code civil : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »).

Il s'agit là d'une évolution importante car **auparavant la clause était considérée comme nulle en matière civile, sans distinction** (ancien art. 2061 : « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* »). L'on remarque

aussi que **le législateur**, inversant les termes de l'article, **pose désormais un principe de validité**, sauf exceptions (dans les matières autres qu'entre professionnels). Il renverse ainsi le principe d'interdiction précédemment posé.

- **En droit interne en matière commerciale** il faut se référer à l'article qui prévoit la possibilité de la clause compromissoire. (L. 721-3 du code de commerce : « Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. **Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées** ».).

Le domaine de la clause compromissoire se trouve donc nettement étendu et l'on considère en pratique qu'il n'y a que **dans le contrat passé avec un consommateur et dans le contrat de travail** que l'on ne peut pas prévoir une telle clause. Mais même dans ces deux domaines, les parties pourraient tout à fait **couvrir la nullité** de la clause, soit en passant un **compromis**, soit en **se présentant sans réserve** devant les arbitres.

Un seul problème se pose, à propos d'un **contrat mixte, c'est-à-dire ayant un caractère commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre**. La question s'est posée de savoir si l'une ou l'autre des parties, et singulièrement la partie commerçante, **pouvait se prévaloir de la nullité** attachée à la clause compromissoire insérée dans le contrat.

La jurisprudence a été divisée sur cette question et la Cour de cassation a tranché cette divergence, en décidant que **la nullité était susceptible d'être invoquée par l'une ou l'autre des parties indifféremment** (Com. 2 déc. 1964, D. 1965. 412). Avec des nuances diverses, la jurisprudence qui a suivi s'est ralliée à la Cour de cassation (CA Aix, 29 juin 1967 ; TGI Paris, 7 mars 1969 ; 18 févr. 1970 ; CA Paris, 8 déc. 1970 ; 13 févr. 199). Cependant, **la participation sans réserve à l'arbitrage vaudra renonciation au droit d'invoquer la nullité de la clause compromissoire** (Civ. 2e, 21 nov. 2002, Bull. civ. II, no 264).

Il y a lieu de considérer que l'intervention du nouvel article 2061 du code civil n'appelle pas une solution différente : **la nullité peut être invoquée par toutes les parties, mais elle est susceptible d'être couverte par l'intervention d'un compromis après la naissance du litige**.

Suivent ensuite trois conditions de forme, exigées seulement en droit interne.

- **3<sup>ème</sup> condition : clause compromissoire et compromis doivent être stipulés par écrit.**

L'art. 1443 dispose en effet, de façon générale, que **toute convention d'arbitrage doit être écrite, à peine de nullité.**

Cette exigence de l'écrit à peine de nullité s'explique par le fait que :

- **la clause compromissoire comme le compromis portent exclusion de la justice étatique, exclusion qui ne peut se présumer et qui doit donc être expresse ;**
- **et pour la clause compromissoire parce qu'elle permet la mise en œuvre directe de l'arbitrage, dès lors que les arbitres sont désignés, sans qu'il soit nécessaire de passer par l'intermédiaire du compromis. Il est donc nécessaire qu'aucune ambiguïté ne subsiste, sécurité procurée par l'écrit en principe.**

- **Pour la clause compromissoire** cette exigence vient la différencier de la convention d'arbitrage **en droit international, où elle est consensuelle et n'est soumise à aucune exigence de forme.** Cette exigence a toutefois été assouplie il y a longtemps pour la clause compromissoire, qui peut figurer dans la **convention principale**, mais aussi **résulter d'un échange d'écrits** ou d'un **document auquel il est fait référence** dans la convention principale (clause compromissoire par référence).

Le Code consacre en droit interne une jurisprudence d'abord rendue en matière internationale qui valide la **clause compromissoire résultant d'un échange d'écrits et surtout la clause compromissoire par référence, contenue dans un document qui n'aura pas été nécessairement signé par les parties**, émanant parfois de l'une d'elles, auquel le contrat principal fait toutefois référence : **conditions générales de vente ou d'achat** de l'une des parties, **contrat-type** publié par une association professionnelle, **contrat antérieur** conclu entre les mêmes parties, **contrat-cadre** auquel renvoie un contrat d'exécution, etc., ou peut-être référence à la clause elle-même, suivant une compréhension restrictive de l'article. Alors **la référence doit alors être suffisamment claire** pour que l'autre partie ait pu en prendre connaissance, mais **sans autre exigence particulière telle que paraphe ou approbation spéciale** (ce qui peut poser difficulté car cette clause peut ainsi entrer dans les stipulations des parties sans que celles-ci en aient pris réellement connaissance, du moins c'est ce qu'elles pourront faire valoir). L'on devrait exiger **que la référence soit claire et que les parties aient pu avoir connaissance des documents** contenant la clause et auxquels il est fait référence dans le contrat principal avant signature de celui-ci.

**Dans l'arbitrage international la jurisprudence a progressivement élaboré, avant le décret du 11 janvier 2013, une règle matérielle très libérale et favorable à la validité des clauses compromissoires par référence**, essentiellement gouvernée par le principe du consensualisme et échappant très largement à tout formalisme. En vertu de cette règle **l'essentiel est de pouvoir déceler un consentement des parties à la clause.** Le document contenant la clause peut revêtir des **formes diverses, n'a pas à être signé par les parties, et la référence qui y est faite par le contrat principal n'a pas à être écrite.** Pour caractériser le consentement des parties, il suffira d'établir que **ce document a été porté à leur connaissance au moment de la conclusion du contrat**

**ou qu'elles en avaient alors nécessairement connaissance** et qu'elles n'ont pas à l'époque protesté. Leur silence vaudra alors acceptation de la clause compromissoire. Cette solution semblait se justifier par la spécificité de l'arbitrage international, mais voilà **que le 21 janvier 1999, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a étendu cette solution en matière interne** à propos d'un **contrat de vente conclu verbalement**, pour lequel le vendeur avait ensuite expédié une **lettre de confirmation contenant une clause compromissoire** à l'acheteur qui n'en avait pas contesté le contenu après réception. La Cour de cassation a alors retenu que si le Code de procédure civile exige que la clause figure dans un document écrit, **il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui se référant à ce document, font la convention des parties** (le contrat principal). Dès lors la clause compromissoire contenue dans la lettre de confirmation d'un contrat verbal est opposable au destinataire.

**- Le compromis doit aussi être écrit, à peine de nullité (art. 1443).**

Généralement, **ce compromis écrit prendra la forme d'un acte sous seing privé**, et éventuellement la forme d'un **procès-verbal devant les arbitres**, forme que prévoyait expressément l'ancien art. 1449 CPC, avant la réforme.

Le **procès-verbal devant les arbitres** : acte par lequel les parties et les arbitres réunis exposent le litige existant, leur volonté d'en soumettre l'examen et la résolution à des arbitres, la désignation de ceux-ci, leur **acceptation (immédiatement constatée**, ce qui est **avantageux** car **autrement, le compromis peut devenir caduc** si les arbitres désignés refusent finalement leur mission. Le compromis n'est pas alors nul et les parties peuvent procéder à une nouvelle désignation) et enfin, s'il y a lieu, les conditions dans lesquelles l'arbitrage s'effectuera. Il est nécessaire que le **procès-verbal soit signé par les parties**, car **c'est leur signature qui prouve l'investiture** des arbitres par la volonté des parties. Le compromis constaté par procès-verbal des arbitres peut être dressé en simple original, pourvu qu'il reste entre les mains des arbitres ou de l'un d'eux.

**- 4<sup>ème</sup> condition** : la convention d'arbitrage doit désigner **le ou les arbitres, y compris par référence à un règlement d'arbitrage, ou prévoir les modalités de leur désignation (art. 1444)**. La clause compromissoire prévoira plus souvent les modalités de désignation des arbitres, et le compromis les arbitres eux-mêmes. Depuis la réforme du 13 janvier 2011 **cette exigence n'est plus prescrite à peine de nullité pour la clause compromissoire, pas plus que pour le compromis**.

En cas de **difficulté** pour désigner les arbitres, une règle supplétive est désormais posée : dans l'ordre, les **parties** seront consultées, puis le **centre d'arbitrage** s'il y en a un, enfin le **juge d'appui**, soit le Président du TGI du lieu de l'arbitrage en droit interne, et le Président du TGI de Paris en droit international (art. 1452). **Le défaut de désignation ou l'erreur quant au nombre d'arbitres désignés** (deux au lieu de trois en droit interne) **ne rend donc pas la clause manifestement nulle ni manifestement**

**inapplicable.** Il reviendra donc aux arbitres de se réunir et de demander la **correction des défauts de constitution du tribunal arbitral**. La justice étatique ne sera compétente que pour jouer le rôle de **juge d'appui** afin d'aider à la constitution du tribunal arbitral dans les règles.

Le compromis doit, d'autre part, désigner le ou les arbitres qui doivent être des **personnes physiques, seulement en droit interne** (art. 1450).

- **5<sup>ème</sup> condition : l'objet du litige, exigé seulement dans le compromis.**

Ainsi il n'est pas exigé que la clause compromissoire **prévoit l'objet du litige**, exigence qui ne vaut que pour le compromis. **L'objet de l'arbitrage sera alors défini à l'occasion de la demande** formée par la partie la plus diligente, une fois que le litige sera né, et si l'objet n'est pas encore défini à cette occasion, **l'accord sur l'objet dérive de ce que le défendeur a accepté l'arbitrage offert par son adversaire**. Les juges considèrent alors que le défendeur accepte tant la nomination des arbitres que l'objet du litige. Mais bien entendu il faudra se montrer plus précis lorsqu'il s'agira de fixer aux arbitres les contours de leur mission.

Ce n'est donc que depuis le 13 janvier 2011 que le droit français autorise une clause compromissoire qui peut ne mentionner **ni le nom des arbitres ni quoi que ce soit au sujet des modalités de leur désignation** (puisque la sanction n'est plus la nullité), **pas plus que l'objet du litige**. Le droit français de l'arbitrage autorise ainsi **les clauses dites blanches**, admises en droit international mais jusque-là pas en droit interne.

Pour le **compromis**, celui-ci doit contenir la **détermination de l'objet du litige à peine de nullité** (art. 1445), ce qui répond à un double but :

- **fixer, d'une part, sans contestation possible, l'incompétence du tribunal** qui devrait normalement connaître de l'affaire si les parties n'avaient pas choisi la voie de l'arbitrage et,
- d'autre part, **permettre au juge du contrôle de vérifier** si, dans une sentence, l'arbitre n'a pas statué hors du compromis, s'il a bien respecté la volonté des parties, s'il avait bien respecté le cadre de sa mission de juger.

La jurisprudence s'est fréquemment montrée **libérale dans la détermination de l'objet du litige**. Il est possible de prévoir que les arbitres sont compétents pour juger **« toutes contestations »** naissant de tel contrat. Il faut dire que **le litige étant déjà né, les parties qui choisissent la voie arbitrale mesurent mieux la portée** de leur engagement lorsqu'elles rédigent le compromis, ce qui justifie les exigences amoindries des juges.

En revanche, **lorsque l'énoncé de l'objet du litige sert aussi à fixer les contours de la mission arbitrale, les juges se montrent plus pointilleux**. Par exemple, si la convention d'arbitrage ne donnait compétence à l'arbitre que pour l'interprétation et



l'exécution du contrat, dépasse l'objet du compromis l'arbitre qui accorde la réparation d'un préjudice de caractère extracontractuel (Civ. 1re, 16 juin 1976).

## C. EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.

### 1. Entre les parties.

La convention d'arbitrage emporte deux effets majeurs :

#### **- 1<sup>er</sup> effet, négatif : l'incompétence des juridictions de droit commun.**

L'incompétence des tribunaux de droit commun a toujours été reconnue par la jurisprudence. Elle est **précisée de manière formelle à l'article 1448** du code de procédure civile.

. Cette incompétence vaut de manière certaine **lorsque le tribunal arbitral a déjà été saisi**. Ce sont alors **les arbitres qui apprécient les difficultés liées à leur compétence**, en vertu du **principe compétence-compétence**, admis en droit international puis en droit interne (art.1465 CPC).

. **Mais lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi**, la situation est un peu différente, car la juridiction d'État peut se déclarer compétente, **à la condition la convention d'arbitrage invoquée par l'une des parties soit « manifestement nulle ou manifestement inapplicable »** (CPC, art. 1448 al. 1). Si tel n'est pas le cas et que le juge étatique se déclare tout de même compétent, l'on considère alors qu'il excède ses pouvoirs.

Les juridictions ont plutôt tendance à **apprécier strictement le caractère de la clause manifestement nulle ou inapplicable**, et dans les affaires où ce motif a été avancé afin de justifier la compétence judiciaire, **les juges ont majoritairement estimé que la clause n'était pas manifestement nulle, et donc que les parties devaient constituer un tribunal arbitral**. Par exemple a été validée **la clause passée avec un consommateur mais contenue dans un contrat international** (autonomie de la clause compromissoire en matière internationale : CA Paris, 28 avr. 2004). **L'excès du pouvoir du juge judiciaire** a été relevé une fois, lorsque les juges avaient simplement constaté que dans le même contrat, il y avait à la fois une **clause compromissoire et une clause attributive de juridiction**, afin d'en déduire leur compétence (Civ. 2e, 18 déc. 2003). Ainsi **le doute profite à l'arbitrage, ou plus exactement à l'arbitre, juge prioritaire de sa propre compétence**. Cassation récente (Civ 1<sup>ère</sup> 12 février 2014) d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait relevé, outre son incompétence, que **l'une des parties étant devenue impécunieuse**, elle serait incapable d'assumer les frais de l'arbitrage. L'arbitre risquait alors de refuser de mener la procédure arbitrale et il y avait un **risque de déni de justice**, mais il revient une fois encore à l'arbitre de l'apprécier.

**Ainsi la clause produit un effet négatif particulièrement étendu en droit français :** c.à.d. que **non seulement le juge doit se déclarer incompétent pour régler le fond** du litige quand une clause compromissoire a été stipulée, **mais de plus il ne peut pas non plus être le juge de la compétence du tribunal arbitral** puisque celle-ci revient à l'arbitre en vertu du principe Compétence-Compétence (sauf si le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi et que la clause apparaît manifestement nulle ou manifestement inapplicable, mais pour le vérifier **le juge se livre à un contrôle *prima facie***, c'est-à-dire contrôle de ce qui paraît évident, bannissant tout examen substantiel et approfondi, et le doute joue en faveur de la compétence du tribunal arbitral). **Le juge contrôle tout de même la décision par laquelle le tribunal arbitral s'estime compétent, par la voie du recours en annulation** (en matière internationale faut-il encore que les parties n'aient pas renoncé à cette voie et que le contrôle soit demandé en France) ou **en refusant l'exequatur**.

**Le droit français reste relativement isolé dans sa position** (qui assure l'efficacité de la clause, et a le mérite d'éviter la multiplication des procédures étatiques, car l'on sait quelle est la seule juridiction compétente), car si le principe Compétence-Compétence est très largement admis, **les autres droits n'accordent pas systématiquement cette priorité au tribunal arbitral** (exemple : la Convention de New-York de 1958, essentiellement pour des raisons d'économie de moyens de procédure, afin que le juge saisi détermine si le tribunal arbitral est compétent et statue éventuellement sur le fond s'il ne l'est pas).

*Nota bene.* Quand une clause compromissoire a été stipulée, **le tribunal arbitral est ainsi compétent par principe**. L'incompétence de la juridiction étatique cependant n'empêche pas le **recours au juge des référés**, à la condition qu'il y ait **urgence** et que la demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse (conditions classiques du référé, art. 809 al. 1<sup>er</sup> CPC). Il peut en effet être utile, avant l'instance arbitrale, d'avoir recours au juge des référés pour que des **mesures d'instruction soient ordonnées, en vue de la conservation des preuves**, et même, **en cas d'urgence, toute mesure provisoire ou conservatoire**(art. 1449 CPC).

Mais même ce type de contentieux de l'urgence peut être confié par les parties à un arbitre si elles le désirent (Cf. Référé pré-arbitral de la CCI, publication n° 482, Chambre de commerce internationale, qui décide que **les parties peuvent désigner un tiers qui statuera en référé**, et qui ne pourra pas ensuite être membre du tribunal arbitral).

**Il en va différemment du référé-provision** qui permet, sans nécessité d'urgence, **d'attribuer une provision au créancier lorsque sa créance n'est pas sérieusement contestée**. En présence d'une clause compromissoire, **le juge étatique du référé ne peut pas être saisi d'une telle demande** (Civ. 2e, 2 avr. 1997).

**- 2<sup>ème</sup> effet, positif : la mise en œuvre directe de l'arbitrage.**

Les dispositions du code de procédure civile permettent la mise en œuvre directe de l'arbitrage **sans transit par le compromis**. Voilà pourquoi la validité de la clause compromissoire est subordonnée au respect de deux conditions : 1° elle doit être stipulée par **écrit** (à peine de nullité) ; 2° elle doit **désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation**.

Une fois le litige né, l'article 1462 CPC énonce que **le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la plus diligente d'entre elles**.

**Cet effet positif est très largement reçu en droit comparé**, et les différents droits s'assurent même que la partie qui souhaite aller à l'arbitrage obtiendra **l'exécution forcée** (c.à.d. que **le tribunal arbitral est constitué malgré l'inertie du défendeur**) contre l'autre qui s'y refuserait, et non de simples dommages et intérêts.

Dans certains États les juges vont même jusqu'à utiliser la technique des **anti-suit injunctions** au soutien de l'arbitrage, pour **interdire à une partie signataire d'une convention d'arbitrage de soumettre à un juge d'un autre État un litige visé par cette convention**. L'individu qui n'obtempère pas s'expose à des peines pouvant aller jusqu'à la **mise sous séquestre de ses biens**. Un tel mécanisme est toutefois inconnu du droit français, et en 2009 la CJCE l'a condamné (arrêt *West Tankers*, 10 février 2009). Le tribunal arbitral peut de son côté rendre une sentence par défaut.

En vertu de l'effet positif de la clause, **toutes les contestations relatives à la validité de la clause, au fait que la partie soit liée par elle, seront jugées par les arbitres eux-mêmes, qui auront donc à statuer sur leur propre pouvoir**, alors même que celui-ci est remis en question, en vertu du principe **Compétence-Compétence**.

Après une décision ancienne et rendue en matière d'arbitrage interne (Com. 6 octobre 1953, *Courtieu*) dans lequel la Cour de cassation avait refusé ce principe, elle l'a finalement admis en **1971** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 1971, *Impex*), et c'est surtout le **décret du 14 mai 1980** qui a confirmé cette interprétation, laquelle est encore reprise par l'actuel art. 1465 CPC. Le tribunal arbitral est précisément compétent pour statuer sur **l'éventuelle nullité de la clause**, également sur son **étendue**, vérifiant que le litige (*ratione materiae*) ou la partie (*ratione personae*) entre bien dans le champ d'application de la clause. **Ainsi l'arbitre est comme le juge, « juge de sa compétence »**. Il s'agit là d'une **règle matérielle, unanimement reconnue en droit comparé, et une conquête majeure de l'arbitrage car ce principe assure l'efficacité de cette justice**.

Ce pouvoir n'est toutefois pas absolu car en cas de recours en annulation, **le juge du contrôle va vérifier si l'arbitre s'est déclaré à tort compétent ou incompétent** (art. 1520, 1°).

## 2. La question de l'effet de la clause compromissoire à l'égard des tiers.

Principe : la clause compromissoire est, comme toute convention, **inopposable aux tiers** qui y sont restés étrangers. Jamais un tiers ne peut être forcé de participer à l'arbitrage, et pas même appelé devant la juridiction arbitrale.

**Affaire récente à propos d'une caution solidaire.** Le **débiteur principal** avait été **condamné** par un tribunal arbitral et la **caution solidaire** qui fut actionnée se rebella, se prétendit tiers et forma **tierce opposition** à la sentence arbitrale. La **Cour d'appel de Paris** avait dans un premier temps **déclaré la tierce opposition irrecevable**, au motif classique en droit des sûretés que **la caution avait été représentée à l'instance arbitrale par le débiteur**, grâce à l'effet de la **représentation mutuelle des co obligés**, et que donc elle n'était pas tiers. Cette affaire a révélé **la difficulté de la caution dans l'arbitrage** : la **sentence** qui condamne le débiteur lui est **opposable comme si elle était partie**, alors que la caution n'est pas personnellement admise à l'instance arbitrale à l'égard de laquelle elle demeure tiers. La caution est ainsi à la fois tiers à l'instance et partie à la décision comme le relève Thomas Clay, ce qui n'est pas possible et viole le « droit effectif au juge » protégé par les textes et notamment par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme (article relatif au procès équitable qui commence par ces mots : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... »). **La Chambre commerciale le 5 mai 2015 a sur ce fondement accueilli la tierce opposition formée par la caution. Celle-ci est bien tiers.**

Exceptions : toutefois, **certains individus ne sont pas considérés comme des tiers et la clause compromissoire va pouvoir leur être opposée.** C'est le cas notamment dans les **groupes de contrats** (soit **linéaires comme les chaînes de contrats**, soit **circulaires ou en faisceau comme dans les ensembles de contrats**). Une **synergie contractuelle** opère entre ces contrats, et par conséquent un **rayonnement contractuel de certaines clauses** comme la clause compromissoire.

**La clause va ainsi pouvoir être étendue à des contrats qui ne la contiennent pas** (hypothèse de parties liées par plusieurs contrats). Dans le cadre de **relations habituelles d'affaires**, si les contrats contenaient une clause compromissoire, l'omission dans le dernier d'entre eux n'empêchera pas le juge de soumettre les parties à l'arbitrage. Si **les contrats ont un caractère complémentaire**, s'ils participent à la **réalisation d'une même opération globalement envisagée**, l'omission de la clause dans l'un d'entre eux n'empêchera pas le rayonnement de la clause.

La clause va aussi pouvoir être étendue à des **parties non signataires du contrat qui la contient.** Le juge français tend à étendre la clause aux **parties directement impliquées dans l'exécution du contrat** et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur **situation** et leurs **activités** font **présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage**, bien qu'elles n'aient pas été

signataires du contrat la stipulant (théorie du **tiers « impliqué »**). La Cour de cassation s'est rangée à cette interprétation de la Cour d'appel de Paris en 2007 (Civ. 1<sup>ère</sup> 27 mars 2007, *stés ABS et AGF Iart/sté Amcor Technology et a*), dans une décision qui décide aussi la **transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, comme accessoire du droit d'action, que la chaîne soit homogène ou hétérogène**. Dans les chaînes non translatives de propriété, la notion du tiers impliqué suffira certainement pour étendre la clause.

Ce rayonnement va permettre à deux principes majeurs de jouer : **l'autonomie de la clause compromissoire** à l'égard de tous les contrats du groupe, et **le principe compétence-compétence**, les arbitres étant juges de leur compétence à l'égard de tous les litiges nés de tous les contrats du groupe, **ce qui confère à la clause une efficacité redoutable**. La tendance jurisprudentielle est au rayonnement, tant dans les chaînes de contrats, homogènes et hétérogènes, que dans les ensembles de contrats.

- La question se pose également de **l'extension de la clause compromissoire dans les groupes de sociétés, mais en pratique nous nous situons davantage là sur le terrain du droit international**.

Ici des **considérations pratiques** peuvent amener à considérer que **le principe de l'effet relatif des conventions**, appliqué strictement, **nuirait à l'efficacité de l'arbitrage**. Il pourrait en effet y avoir **éparpillement du contentieux, multiplication des procédures parallèles**, et donc des **décisions contradictoires** pour des parties certes **différentes** mais **connexes**.

Et là où la **justice étatique peut ordonner une jonction d'instances, l'arbitrage reste marqué par sa dimension conventionnelle**. Et justement **l'extension de la convention d'arbitrage à des personnes qui ne l'ont pas formellement conclue** peut apparaître comme un **moyen de résoudre ces difficultés**, sans remettre en cause, du moins en apparence, la dimension conventionnelle de l'arbitrage.

La jurisprudence française a ainsi pu se montrer favorable à une **extension de la convention d'arbitrage signée par un membre d'un groupe de sociétés aux autres sociétés de groupe non signataires**, en dehors de toute transmission de droits contractuels. **Il suffit que ces sociétés aient participé à l'opération économique pour laquelle la clause a été stipulée, ou que ces sociétés soient directement concernées par cette opération**. Cf. l'arrêt *Dow Chemical* rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 octobre 1983, où les juges ont appliqué la clause aux sociétés qui l'avaient signé mais aussi aux **autres qui étaient intervenues** et dont on pouvait déduire une « **commune volonté** » allant dans le même sens (sorte d'acceptation présumée, théorie du consentement implicite qui continue de faire débat).

**Les droits étrangers se montrent plutôt réticents à une telle extension**, sauf en cas de **fraude** qui autorise à « **lever le voile social** » (cas d'une filiale seule signataire de la

clause d'arbitrage mais détenue à 100 % par la société mère, et vidée par celle-ci de tous ses actifs afin d'échapper à ses obligations).

#### **D. LES AUTRES CONVENTIONS D'ARBITRAGE.**

- **Contrat d'arbitre**, passé entre les parties et chaque arbitre, afin de confier sa mission à l'arbitre (Thomas Clay).

- **Contrat d'organisation de l'arbitrage**, passé entre les parties et le centre d'arbitrage auquel elles s'en remettent (Éric Loquin).

Ces contrats tout récemment dégagés par la doctrine ont pour intérêt de **fixer le point de départ de certains délais**(à partir de quand exactement les arbitres acceptent leur mission), de **fixer certains points de procédure** (le règlement du centre applicable, au moment de la clause compromissoire ou au moment de l'introduction de la demande) et de **fixer plus nettement et avec plus de force les droits et les devoirs des parties à l'arbitrage**, parties litigantes, leurs conseils, les arbitres.

## II. L'INSTANCE ARBITRALE.

A. La constitution du tribunal arbitral. B. L'instance arbitrale.

### A. LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL.

1. L'arbitre. 2. L'acceptation par les arbitres de leur mission.

#### 1. L'ARBITRE

##### 1. Les qualités attendues de l'arbitre

a. qualités accessoires

- Les arbitres ne peuvent être que des **personnes physiques**, et non des personnes morales, **restriction qui vaut seulement en droit interne** depuis 1980. Si une personne morale est malgré tout désignée, la clause n'est pas nulle pour autant car le Code prévoit un **mécanisme de sauvetage de la convention**. La personne morale désignée sera alors présumée avoir été choisie pour organiser l'arbitrage. En revanche une sentence rendue par une personne morale sera annulée (Art. 1492.2° CPC, qui prévoit le cas du tribunal « irrégulièrement constitué »).

- Parmi les personnes physiques, certaines subissent des **incapacités**, en droit interne comme en droit international, incapacités civiles ou professionnelles. Par exemple un **magistrat en fonction** ne saurait accepter les fonctions d'arbitre (conséquence de la revalorisation de la rémunération des magistrats, protection de l'indépendance des magistrats, garantie qu'ils se consacreront à leurs fonctions et ne les délaisseront pas pour des fonctions d'arbitres mieux rémunérées), mais un magistrat à la retraite ou même un magistrat qui a demandé une mise en disponibilité peut donc être désigné comme arbitre. Les **fonctionnaires** ne peuvent par principe être arbitres, mais il est admis que les « membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement » peuvent exercer des activités libérales découlant de leurs fonctions. Les **professeurs de droit** peuvent ainsi arbitrer, sous la réserve qu'ils n'agissent pas dans un sens défavorable à l'État.

b. qualités essentielles : indépendance et impartialité

Les arbitres étant des juges, exerçant une mission juridictionnelle, les parties ne renoncent pas à toute garantie. Aussi les arbitres **doivent-ils être indépendants et impartiaux**. Cette exigence est inscrite dans l'article 1456 al. 2 du CPC et plusieurs mécanismes de contrôle ont été mis en place, dont la principale est **l'obligation de révélation à la charge de l'arbitre**.

Cette exigence signifie que cette obligation de révélation, sous la forme d'une déclaration d'indépendance et d'impartialité, ne doit pas être de nature à créer un **doute raisonnable** quant au sentiment d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre chez l'une des parties ou ne trahissent pas un mensonge par omission, condition renforcée par la jurisprudence à partir de 1999 (Cf. Cass. civ. 1ère 16 mars 1999, *Qatar*, n°96-12748, D. 1999, p. 497, note P. Courbe, Rev. arb. 1999, p. 308, note M. Henry, RTDcom. 1999, p. 850, obs. E. Loquin : « il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence même de sa fonction arbitrale »).

Une autre technique repose sur des systèmes de listes de cas interdits ou valides, dont les IBA Rules adoptée en 2004 et révisée en 2014. Elles prévoient trois types de cas, la « liste rouge », « orange » et « verte »

#### i. Les exigences d'indépendance et d'impartialité

- **L'indépendance** : elle suppose l'**inexistence de lien matériel ou intellectuel** entre l'arbitre et les parties et qui serait de nature à affecter le jugement de l'arbitre. L'appréciation de l'indépendance de l'arbitre est autonome de celle de l'indépendance du juge étatique, et bien plus large.

Un certain nombre de cas typiques se sont présentés en jurisprudence :

- l'existence d'un lien d'intérêt entre un arbitre et l'une des parties ou l'avocat d'une partie, voire, mais plus rare, un autre arbitre (lien de parenté entre l'arbitre et une partie ou son avocat, mais surtout d'un lien de subordination, quel que soit l'ordre hiérarchique, lien d'affaires, lorsque l'arbitre est ou a été l'avocat, le conseil, le comptable, l'expert, etc., de l'une des parties, qui doit être révélé et s'il crée un doute raisonnable, la récusation devient possible.

- l'existence d'un « courant d'affaires », comme dans le cas d'une désignation habituelle d'un arbitre par une partie.

Le critère de l'indépendance de l'arbitre est cependant apprécié avec moins de sévérité dans les types d'arbitrages singuliers que sont les arbitrages « corporatifs » ou « de qualité »..

- **L'impartialité** un critère qui est très proche de l'indépendance, et se présente de manière très subjective, voire intime, comme l'absence de préjugés ou d'animosité ou au contraire de faveurs, à l'encontre d'une partie, voire à l'encontre d'un type de problèmes juridiques.



De manière plus objective, l'impartialité se manifeste comme un ensemble d'éléments présentant les apparences d'une partialité, que l'arbitre ait, ou non, manifesté quelque opinion permettant d'identifier un préjugé, susceptibles de faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre.

Dans tous les cas cependant si l'exigence d'impartialité est nécessaire mais simplement en tant qu'elle permet de prémunir de la partialité, et non comme technique d'identification de l'arbitre parfait.

Les cas types d'impartialité sont assez difficiles à identifier, dans la mesure où il s'agit d'une situation subjective. Le fait pour un arbitre d'être désigné dans deux arbitrages visant la même affaire, ou correspondant à des problèmes connexes ou en relation pose de notre point de vue par exemple une difficulté majeure qu'ils soient successifs ou concomitants, ou le fait pour l'arbitre d'avoir eu à connaître du litige, avant que l'arbitrage n'ait débuté, comme consultant ou comme avocat ou encore le fait d'avoir manifesté publiquement un avis positif ou, au contraire, négatif, sur l'affaire ou de nourrir de manière publique ostensible ou connue, une affection ou une hostilité manifeste à l'endroit d'une partie ou de son conseil. Plus ambiguë est la situation dans laquelle l'arbitre et un conseil, ou une partie, ont une relation « d'amitié ». La relation « d'amitié » peut en effet être à géométrie variable. Ce n'est pas le cas d'un lien purement électronique, par exemple à travers un réseau social (Paris, 10 mars 2011, Cah. arb. 2011, p. 787, note M. Henry ). De même ne pose pas de difficulté le fait que les arbitres aient, entre eux, ou avec un conseil ou une partie des relations liées à une participation à une activité professionnelle, par le biais d'un syndicat par exemple, ou participent à une même association ou activité de nature sociale, politique ou religieuse.

- Les notions sont distinctes mais **le juge a tendance à les apprécier ensemble et globalement**, afin de vérifier si l'arbitre présente des **liens avec une partie ou avec un tiers**, qui sont susceptibles d'affecter son indépendance aux yeux d'une partie. **La preuve d'un lien existant ou ayant existé ne suffit donc pas**. Il faut de plus que ce lien provoque, même seulement dans l'esprit des parties, un **doute raisonnable** sur l'indépendance de l'arbitre.

## ii. Le contrôle des exigences d'indépendance et d'impartialité

- Le premier est une **obligation de révélation**, mécanisme préventif qui pèse sur l'arbitre. Celle-ci, dégagée par la jurisprudence et consacrée par l'article 1456 al. 2 CPC. Elle existe **au début de l'instance comme tout au long de celle-ci**, pour les **faits** survenus après la désignation de l'arbitre et qui **pourraient faire naître un doute chez les parties**. Le manquement de l'arbitre à cette obligation peut conduire à l'annulation de la sentence.

La jurisprudence a peu à peu indiqué ce que devait révéler l'arbitre : **tout courant d'affaires ou toute relation d'intérêt avec l'une des parties**, ou même avec son

**conseil**, car la **dépendance économique** qui peut en résulter est incompatible avec la fonction juridictionnelle de l'arbitre. L'arbitre doit révéler les **relations professionnelles** existant entre le cabinet dans lequel il exerce et l'une des parties. Il est tenu de **dévoiler les liens personnels** qu'il entretient avec une partie ou son conseil (liens familiaux, liens d'amitié)... Il n'est tenu, dit la jurisprudence (Civ1ère 10 octobre 2012), que de **révéler les éléments de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à son impartialité et son indépendance** ». Aussi n'est-il pas forcé de faire état de liens strictement professionnels et occasionnels avec le conseil de l'une des parties (professeur de droit qui a fait des consultations pour le conseil en question).

Ces circonstances révélées, les parties **n'ont pas toutes à donner une nouvelle fois leur accord** pour que l'arbitrage se poursuive, ce qui aurait été le moyen de manœuvres dilatoires. En cas de difficulté, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou le juge d'appui interviendra.

- L'obligation de révélation s'impose, elle trouve sa limite dans des **faits notoires ou aisément accessibles**, dont la détermination n'est pas aisée, comme comme l'affaire *Tecnimont* l'a démontré (Arbitre exerçant comme avocat dans un cabinet disposant de bureaux dans plusieurs endroits du monde, alors que son cabinet entretenait des liens avec des sociétés du groupe constitué par l'une des parties, liens qu'il ignorait en partie : Paris, 12 févr. 2009, *Tecnimont*, Rev. arb. 2009, p. 189, note Th. Clay, D. 2009, p. 2959, sp., p. 2964, obs. Th. Clay, LPA 21 juill. 2009, p. 4, note M. Henry. Adde : L. Degos, La révélation remise en question(s). Retour sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris *J&P Avax SA c. Tecnimont SPA* du 12 février 2009, Cah. arb. 2011. 54. Cass. Civ. 1ère 4 nov. 2010, n°09-12.716 (cassation), D. 2010, p. 2939, obs. Th. Clay, JCP 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal, Reims 2 nov. 2011 (renvoi), Rev. arb. 2012, p. 112, note M. Henry, Cah. arb. 2011, p. 1109, note Th. Clay, RTDcom. 2012, obs. E. Loquin, Cass. civ. 1ère, 25 juin 2014, n°11-26.529 (cassation), D. 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 1986, note B. Le Bars, p. 2541, obs. Th. Clay, Cah. arb. 2014, p. 547, note Th. Clay, Procédures 2014, n°269, obs. L. Weiller, Rev. arb. 2015, p. 85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani, JCP G 2014, 857, n°4 ? obs. Ch. Séragnini, Paris, 12 avr. 2016, n°14/14884, D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay, RTD civ. 2016, p. 856, obs. H. Barbier, Rev. arb. 2017. 234, note E. Loquin, p. 949, note M. Henry, Cah. arb. 2016. 447, note T. Clay, Cass. civ. 1ère, 19 déc. 2018, n°16-18349, D. actu., 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marquès, D. actu.. 1<sup>er</sup> févr. 2019, obs. C. Debourg, D. 2019, p. 2435, obs. Th. Clay, Procédures 2019, Etude 8, obs. L. Weiller, JCP E, 2019, 177, note A. Constans.).

En outre, les informations présentant un **caractère dérisoire** n'ont pas à être révélées de sorte que si des telles informations sont l'objet d'une opposition ensuite, il importait alors de démontrer en quoi ces faits portaient atteinte à l'indépendance ou à l'impartialité de l'arbitre.

De même, les liens de nature scientifique ou académique, entre arbitres ou avec l'avocat d'une partie ne relève pas du contenu nécessaire de la révélation : les avocats

et professeurs de droit ou anciens magistrats participent à toutes sortes d'activités de ce type mêlant enseignements, colloques, journées d'études, etc., ni les opinions politiques des arbitres, que l'on pourrait étendre aux opinions philosophiques, religieuses, etc.

Les faits notoirement connus ou sans incidence sur le cas peuvent être omis. Sont notoires les informations connues de tous (le fait qu'un arbitre soit un élu par exemple, ou que l'arbitre et le conseil effectuent des enseignements dans le même établissement) mais aussi les informations aisément accessibles, dans la presse ou sur Internet.

Même ainsi, l'exercice de l'obligation de révélation est complexe. Le fait d'omettre, de manière volontaire ou non rend en effet cette omission suspecte.

Une **évolution** se dessine de ce point de vue. L'évolution de la jurisprudence pouvait laisser penser que, la formule de l'article 1456 du Code de procédure civile est prise à la lettre en ce sens que l'obligation de révélation tend à prendre le pas sur l'exigence, non posée expressément (du moins dans le Code de procédure civile) d'indépendance et d'impartialité. En outre, l'exécution de l'obligation de révélation, par exemple par une déclaration d'indépendance et d'impartialité, contenant des faits qui seraient susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité, qui ne serait pas suivie d'une opposition, dans les formes et délais prévus, est purgée de telle sorte que la partie perd ensuite le droit de récuser ou de demander l'annulation de la sentence arbitrale fondée sur l'un des faits révélés. Ne demeurent alors que les **faits non révélés**, s'ils ne sont pas notoires, à telle enseigne que l'on a pu considérer que l'obligation d'indépendance et d'impartialité étaient fondue dans l'obligation de révélation vers une exigence, de la part des parties, de « curiosité » ou de « réaction ».

- sanction de la dépendance et de la partialité

Il existe **trois mécanismes curatifs**.

Le premier est la **récusation** de l'arbitre, enfermée dans **le délai d'un mois** après la révélation ou la découverte du fait litigieux, et relevant de la compétence du tribunal arbitral si les parties l'ont décidé, ou par référence au règlement du centre d'arbitrage (la décision rendue n'étant pas une sentence arbitrale, n'a pas l'autorité de la chose jugée et ne lie pas le juge du contrôle qui pourra tout de même annuler la sentence) ou du juge d'appui (cette fois sa décision s'impose au juge contrôlant la régularité de la sentence) (art. 1456 al. 3).

Pendant le temps de la procédure de récusation, soit les parties ont prévu que l'arbitrage serait **suspendu**, soit les arbitres ont la possibilité de **surseoir à statuer**. L'arbitrage reprend lorsque le nouvel arbitre désigné en remplacement de l'arbitre récusé accepte sa mission. *Ainsi le juge d'appui devient juge de la récusation et sa décision s'impose au juge du recours, sauf élément nouveau.*

Le deuxième mécanisme est **l'annulation de la sentence**, pour dépendance et partialité de l'arbitre, soit au motif que le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué (art. 1492.2° CPC), ou que la convention d'arbitrage est nulle, parce que le consentement de l'une des parties a été vicié, ou pour contrariété de la sentence à l'ordre public. Le juge n'annule pas systématiquement lorsque l'arbitre n'a pas tout révélé. **Le juge contrôle**

**que l'élément non révélé ait bien pu faire naître un doute raisonnable dans l'esprit des parties.**

Le troisième mécanisme est la **responsabilité de l'arbitre**, quand il a manqué à son obligation de révélation. Responsabilité plutôt délictuelle (de façon certaine lorsque la convention d'arbitrage a été annulée pour dol). Le dommage réparable est au moins constitué par tous les frais exposés par les parties.

## 2. La désignation de l'arbitre

### a. Le nombre d'arbitres

**Les arbitres doivent, en droit interne, être nécessairement désignés en nombre impair.** Cette règle s'explique par le fait que les arbitres se décident à la **majorité** et il faut qu'une majorité puisse se dégager. Également elle permet de mettre en avant la **nature juridictionnelle** de la mission de l'arbitre, qui n'est pas l'arbitre de l'une des parties. De cette manière les arbitres ne se présentent pas comme les représentants des parties qui les ont désignées. La sanction est l'annulation de la sentence, en raison d'une irrégularité de la constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1492, 2°).

**Quand les parties n'ont pas pris cette précaution, la clause compromissoire ne devient pas nulle ni inapplicable.** Ce n'est donc pas un cas de compétence de la justice étatique. Au contraire celle-ci va aider à la formation du tribunal arbitral (art. 1451 CPC) puisque les **parties** seront consultées, et à défaut les **arbitres** déjà nommés, à défaut encore c'est le **juge d'appui** qui nommera le troisième arbitre.

La question de « l'arbitrage tronqué » n'est pas la situation dans laquelle la convention d'arbitrage prévoit un arbitrage à deux arbitres, mais celle dans laquelle le droit applicable, ou la convention d'arbitrage, prévoit un arbitrage en nombre impair mais que le tribunal, désigné en nombre pair laisse se dérouler l'instance et rend une sentence. Dans cette situation en effet la sentence aurait été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué, au sens de l'article 1492, 2° ou 1520,2° du Code de procédure civile.

Autre est la question dans laquelle tribunal est constitué conformément à la règle prévue, mais qu'un arbitre démissionne, par exemple parce qu'une demande récusation est formulée et qu'il décide de se retirer de son propre chef, qu'il est récusé par l'autorité en charge de le décider, qu'il refuse de participer à la procédure, décède ou soit indisponible pour quelque cause que ce soit.

En matière d'arbitrage interne, l'article 1473 du Code de procédure civile prévoit que l'instance est automatiquement suspendue jusqu'à l'acceptation de l'arbitre désigné en remplacement du précédent, soit dans les conditions décidées, à ce moment, entre les parties, soit, à défaut, dans les mêmes conditions que celles qui présidaient à la désignation de l'arbitre remplacé.

En matière d'arbitrage international, l'article 1473 n'est pas applicable, de sorte que l'arbitrage n'est pas, alors, automatiquement suspendu, l'arbitrage est alors « amputé ». En principe, donc, l'arbitrage devrait pouvoir se poursuivre, avec le risque

toutefois, qu'une sentence soit prononcée en contrariété avec une règle d'imparité, le transformant en arbitrage tronqué.

Pour éviter la difficulté, il est nécessaire que les parties conviennent que l'arbitrage peut être rendu par deux arbitres, afin d'éviter l'annulation ou le défaut de reconnaissance de la sentence rendue, à moins que les parties ne choisissent de compter le tribunal arbitral. La jurisprudence française admet l'efficacité d'une telle convention si les parties y ont consenti après l'incident.

#### b. Les techniques de désignation des arbitres

Le principe est la liberté dans la désignation des arbitres.

En matière interne, les règles en la matière sont les articles 1451 à 1460 du Code de procédure civile, alors qu'en matière d'arbitrage international, et en l'absence de convention entre les parties, les articles 1451 à 1458 et l'article 1460 sont alors applicables.

Le libéralisme de la constitution d'un tribunal arbitral international s'exprime de manière très claire dans l'article 1508 du Code de procédure civile, le seul texte qui traite de sa constitution, pour exprimer que « la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédures, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation » : pas d'obligation donc de prévoir ces modalités dans la convention d'arbitrage donc.

L'ensemble est gouverné par le **principe d'égalité des parties** qui se présente comme un « **principe directeur du procès arbitral** ». L'article 1510 du Code de procédure civile, en matière d'arbitrage international, pose que « quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties », règle généralisée à l'arbitrage interne. Il suppose un égal accès au tribunal arbitral et le fait que chacune des parties doit pouvoir être traitée de manière égale, c'est-à-dire de façon à ne pas subir un désavantage procédural, et donc s'étend à la désignation des arbitres. L'arrêt *Dutco* de (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992, *Datco*, JDI 1992, p. 707, Concl. Filippo, note Ch. Jarrosson, Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet, RTDcom. 1992, p. 796, obs. E. Loquin : « Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public (...) on en peut y renoncer qu'après la naissance du litige »). Le principe vise simplement à garantir que chacune des parties *puisse* désigner un arbitre dans les mêmes conditions, il s'impose aux parties, au juge d'appui appelé à trancher une difficulté de constitution du tribunal arbitral.

#### - désignation des arbitres par les parties

Chaque partie commence par **désigner un arbitre**, soit celui mentionné dans la **convention d'arbitrage**, soit **un autre** si rien n'avait été prévu, d'après les modalités de désignation prévues par la clause.

Il faut encore qu'un 3<sup>e</sup> arbitre soit désigné pour parvenir à l'exigence d'imparité énoncée par l'art. 1451 CPC. Quand cet arbitre n'aura pas été choisi par les parties, et selon ce qu'elles auront prévu, ce 3<sup>e</sup> arbitre pourra être :

Il n'est pas rare, et même assez ordinaire, qu'un litige n'oppose pas un demandeur et un défendeur, mais plusieurs parties, ce qui permet d'envisager l'hypothèse d'un **arbitrage multipartite**. L'article 1453 du Code de procédure civile, auquel renvoie, en matière d'arbitrage international, l'article 1506, présente ainsi un mécanisme : « lorsque le litige oppose plusieurs parties (...) ».

L'arbitrage est multipartite dès lors que plus de deux parties sont en litige. Dans l'affaire *Datco*, à l'origine de l'intégration du principe d'égalité des parties dans l'arbitrage, la clause d'arbitrage renvoyait au règlement d'arbitrage de la CCI, dans sa rédaction d'alors, et l'organisme de cette institution avait considéré que, alors que un demandeur s'opposait à plusieurs défendeurs, le fait que l'un de ces derniers ait désigné un arbitre devait s'imposer aux autres. La Cour de cassation avait considéré que l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, principe « d'ordre public international » avait été violée, justifiant l'annulation de la sentence rendue. D'ordre public international, la règle ne peut donc faire l'objet d'une convention contraire, à moins que, une fois le droit né, une fois le litige né, les parties n'y renoncent soit en acceptant de désigner un arbitre en commun (ou de permettre à l'institution de procéder ainsi), soit en acceptant la désignation réalisée par l'un d'eux.

L'article 1453 du Code de procédure civile propose alors une technique de résolution de la difficulté : « lorsque le litige oppose plus de deux parties et celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution d'un tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ».

- désignation des arbitres par les institutions d'arbitrage

Quand les parties se sont adressées à un **centre d'arbitrage**, là encore elles peuvent **choisir elles-mêmes**, éventuellement sur **la liste proposée** par le centre (ce n'est pas une obligation, sauf dans les arbitrages corporatifs), mais **le centre peut aussi choisir pour elles**. Cette fois les arbitres seront choisis dans la **liste** du centre, et devront être **acceptés par l'ensemble des parties**.

- En cas de difficulté insurmontable, **le Président du TGI interviendra** à la place des parties pour désigner l'arbitre ou pour compléter le tribunal arbitral.

## **B. Résolution des difficultés relatives à la constitution du tribunal**

La désignation des arbitres en droit international pose deux difficultés :

- **D'abord 1<sup>ère</sup> difficulté, en cas de problème, quelle sera la loi applicable ?** Toujours d'abord la volonté des parties, puis le règlement d'arbitrage, enfin à titre subsidiaire il

sera parfois nécessaire de se référer à une loi étatique, et ce sera généralement celle du **siège de l'arbitrage**, soit la loi de l'État où l'arbitrage se déroule, où les arbitres se réunissent. Autre résultat possible de la méthode conflictualiste : le **principal lieu d'exécution du contrat**.

- Ensuite, 2<sup>ème</sup> difficulté : en cas de problème, **le juge d'appui, Président du TGI de Paris, interviendra pour aider à la formation du tribunal arbitral**, en nommant les arbitres pour les parties qui s'y refusent. Mais quelles sont les **conditions d'intervention du juge français ?**

Avant la réforme de 2011, le juge français était compétent quand l'arbitrage se déroulait en France (loi du siège) ou quand les parties avaient prévu de se soumettre à la loi de procédure française (ancien art. 1493 al. 2 CPC).

Mais sous l'empire des anciens textes un arrêt important a été rendu par la Cour de cassation le **1<sup>er</sup> février 2005 (Israël c. NIOC, National Iranian Oil Company)**. Un contrat avait été conclu en 1968 entre Israël et une compagnie pétrolière iranienne, sous le régime du shah d'Iran, contrat qui contenait une clause compromissoire. Un litige survient au début des années 2000 et Israël refuse de nommer son arbitre. Le juge français est alors saisi par la compagnie iranienne et il s'estime compétent, bien que l'arbitrage ne doive pas se dérouler en France et bien que la loi de procédure française n'ait pas été choisie.

Il y avait toutefois dans cette affaire un **lien de rattachement ténu avec la France**, a estimé le juge, lequel lien justifiait sa compétence : les parties avaient en effet prévu en cas de difficulté de s'en remettre au **Président de la Chambre de commerce internationale de Paris**. Or la CCI, si ses bureaux sont installés à Paris, est une organisation non gouvernementale et la compétence de son Président ne constitue pas un lien de rattachement à la France.

La Cour de cassation a également estimé que lorsqu'il y avait **risque de déni de justice** comme c'était le cas en espèce, puisqu'aucun des deux pays ne pouvait saisir la juridiction de l'autre (l'Iran ne reconnaît pas Israël, ni donc ses juridictions, tandis qu'Israël considère l'Iran comme un État ennemi) pour que les arbitres soient désignés, le juge français pouvait se déclarer compétent car il relève de l'ordre public international comme de l'article 6.1 de la CEDH de pouvoir accéder à un juge (« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement »).

Cette compétence exceptionnelle du juge français et le raisonnement de la Cour de cassation ont été intégrés par la réforme puisque le nouvel article **1505** prévoit que pour toute difficulté liée à la formation du tribunal arbitral, **le juge français en tant que juge d'appui sera compétent, « si l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice »**, en plus des hypothèses reprises de la loi ancienne. Une autre s'y ajoute qui avait été avant le décret de 2011 dégagée par la jurisprudence : la clause attributive de

compétence, quand les parties donnent expressément compétence aux juridictions françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale).

### C. L'acceptation par les arbitres de leur mission.

Les arbitres désignés doivent encore **accepter leur mission** (art. 1456 CPC). C'est à partir d'elle que le **tribunal arbitral est constitué** et que **court le délai de l'arbitrage** (car « à cette date il est saisi du litige », le délai courant à partir de la saisine du tribunal) ainsi que les droits et les obligations des parties à l'arbitrage.

Cette étape est essentielle car elle permet de rappeler que **les arbitres sont des juges privés**, que **leur investiture n'est qu'occasionnelle** et qu'elle résulte d'un double consentement : celui des parties et celui des arbitres.

C'est à partir de là que se forme le « **contrat d'arbitre** », entre les parties et chaque arbitre. Il fait naître des droits et obligations à la charge de l'arbitre, progressivement précisés par la jurisprudence.

**Au rang des droits**, la jurisprudence a dégagé un principe **d'immunité** de l'arbitre, au sens où sa responsabilité ne peut être recherchée parce qu'il aurait mal jugé, commis une erreur de raisonnement (Paris, 1<sup>er</sup> mars 2011). L'arbitre a également le droit de ne pas mener sa mission jusqu'à son terme s'il peut justifier d'une cause **d'empêchement** (maladie), ou **d'abstention** (survenance d'une circonstance affectant son indépendance ou son impartialité aux yeux des parties). Il a encore le droit de **démissionner**, par exemple s'il observe un comportement condamnable de la part de l'une des parties et ne veut pas y être associé. Tous les motifs seront vérifiés car l'instance arbitrale étant suspendue et l'arbitre devant être remplacé, les délais et les coûts peuvent augmenter dans des proportions importantes. L'arbitre engage sa responsabilité si son départ est abusif.

Également **l'arbitre est libre de juger** comme il l'entend. Il peut ne pas signer la sentence arbitrale mais ne doit pas agir ainsi pour un simple désaccord sur le fond, car la sentence étant rendue à la majorité des voix et devant être signée par tous les arbitres, sa signature ne vaut pas accord sur la solution qu'elle consacre. L'arbitre peut aussi exiger que soit mentionné le fait que la sentence a été rendue à la majorité, ce qui empêche de déterminer la position de chaque arbitre. Toujours dans le même souci l'arbitre ne peut pas exiger que la sentence fasse état de son opinion dissidente.

L'arbitre tire aussi de ce contrat le **droit d'être rémunéré**, d'obtenir le paiement des frais de la procédure arbitrale et d'exiger une provision dès le début de l'instance.

**Au titre des obligations**, nombre d'entre elles ont déjà été vues : obligation **d'indépendance**, **d'impartialité**, **obligation de révélation**. L'arbitre a également l'obligation de **terminer sa mission et de juger**. Il doit encore **organiser efficacement**



**l'arbitrage** (en saisissant le juge d'appui pour toute difficulté, pour demander une mesure conservatoire), il doit faire preuve de **célérité**. (art. 1464 al. 3 CPC), soit respecter les délais, saisir le juge d'appui pour demander une prorogation... Il a encore pendant l'instance une **obligation de loyauté**, devant s'assurer que l'une des parties ne soit pas désavantagée par rapport à l'autre (problème de la partie faible et d'un argument juridique en sa faveur auquel le tribunal arbitral aurait songé sans que la partie ni ses conseils n'allèguent cet argument). Enfin l'arbitre a une obligation de **confidentialité** (art. 1464 al. 4), obligation dont la portée est large : confidentialité à propos de l'existence de l'arbitrage, de la procédure arbitrale, des documents échangés, des délibérés (en vertu de la nature juridictionnelle de sa mission), de la sentence.

## **B. LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE ARBITRALE.**

1. La saisine de l'arbitre. 2. La communication des pièces et conclusions. 3. L'instruction. 4. Les principaux incidents affectant l'instance. 5. Le délibéré arbitral.

### **Remarques préalables :**

- **Le droit applicable à la procédure arbitrale.** Ce sont les **parties** qui en premier lieu peuvent choisir le droit applicable à la procédure arbitrale, **droit qui peut être différent de celui réglant le fond du litige**. Les parties peuvent notamment s'en référer à un règlement d'arbitrage qui formera la « loi de procédure », ou choisir une loi étatique en matière d'arbitrage international.

Ce n'est pas alors tout le droit interne de l'arbitrage qui s'applique si le droit français est choisi, mais seulement les dispositions auxquelles renvoie **l'article 1506**.

« **A moins que les parties en soient convenues autrement** et sous réserve des dispositions du présent titre, **s'appliquent à l'arbitrage international les articles :**

1° 1446 (*possibilité de compromettre même pendant une instance déjà engagée*), 1447 (*autonomie de la clause compromissoire*), 1448 (alinéas 1 et 2 : *effet négatif de la clause compromissoire et incompétence du juge étatique, sauf si la clause est manifestement nulle/inapplicable avant saisine du tribunal arbitral ; le juge étatique ne peut relever d'office son incompétence*) et 1449 (*possibilité de saisir le juge des référés pour demande urgente de mesures provisoires ou conservatoires*), relatifs à la **convention d'arbitrage ;**

2° 1452 à 1458 (*1452 : désignation des arbitres par les parties, le Centre d'arbitrage, le juge d'appui ; 1453 : en cas d'arbitrage multipartite, même ordre ; 1454 : difficulté de constitution du tb arbitral tranchée par le Centre d'arbitrage puis le juge d'appui ; 1455 : si la clause est manifestement nulle ou inapplicable, le juge d'appui indique qu'il n'y a pas lieu à nomination ; 1456 : qd les arbitres acceptent leur mission le tb arbitral est constitué et saisi du litige, obligation de révélation de l'arbitre, procédure de récusation dans le délai d'un mois ; 1457 : empêchement, abstention, démission de l'arbitre ; 1458 : arbitre révoqué du consentement unanime des parties*) et 1460

(*saisine du juge d'appui*), relatifs à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure applicable devant le juge d'appui ;

3° 1462 (*litige soumis par la partie la plus diligente ou conjointement*, 1463 (alinéa 2 : *le délai légal ou conventionnel est prorogé par les parties ou le juge d'appui*), 1464 (alinéa 3 : *les parties et les arbitres agissent célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ; pas de renvoi aux principes directeurs du procès qui figurent à l'alinéa 2, soit pas de renvoi au principe du contradictoire, aux droits de la défense, etc.*), 1465 à 1470 (1465 : *Compétence-Compétence* ; 1466 : *principe de l'estoppel* ; 1467 : *instruction et pouvoir de contrainte à l'égard des parties ; mesures provisoires et conservatoires, et sûretés* ; 1468 : *procédure devant le juge étatique pour réclamer une pièce à un tiers* ; 1470 : *compétence du tb arbitral pour la vérification d'écriture ou le faux* et 1472 (*possibilité de surseoir à statuer*) relatifs à l'instance arbitrale ;

4° 1479 (*délibérations secrètes*), 1481 (*rappel des mentions obligatoires de la sentence notamment le lieu, la date*), 1482 (*motivation de la sentence*), 1484 (alinéas 1 et 2 : *autorité de la chose jugée et exécution provisoire*), 1485 (alinéas 1 et 2 : *la sentence dessaisit le tribunal mais les arbitres peuvent corriger et interpréter la sentence*) et 1486 (*délai de 3 mois pour modifier la sentence*) relatifs à la sentence arbitrale ;

5° 1502 (alinéas 1 et 2 : *recours en révision*) et 1503 (*sentence insusceptible d'opposition ni de recours en cassation*) relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulation. »

A défaut de volonté exprimée des parties, **c'est le tribunal arbitral qui peut choisir le droit applicable à la procédure.**

Mais quelle que soit la volonté des parties, du Centre d'arbitrage, des arbitres, **quelques règles fondamentales demeureront toujours appliquées à l'arbitrage, parce qu'elles sont considérées comme fondamentales.** Ainsi les parties disposent toujours du droit d'être entendues, de connaître les moyens et preuves de l'autre partie, de participer à l'administration de la preuve... Doivent toujours être respectés les principes de la contradiction et de l'égalité des parties...

Même si l'article 1506 CPC ne renvoie pas aux principes directeurs du procès, et permet aux parties de renoncer à la célérité et à la loyauté, tant à leur égard qu'à celui des arbitres, il est aussi prévu par **l'art. 1520, 4° que sera annulée ou ne sera pas exécutée en France la sentence qui ne respecte pas le principe du contradictoire.** Surtout le **nouvel article 1510 dispose très clairement que « Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction ».** Ces obligations fondamentales ne puisent ainsi pas leur source dans le droit français, mais dans des règles matérielles de l'arbitrage, approche que l'on retrouve en droit comparé, que ce soit dans la Convention de NY ou dans la loi type CNUDCI.

## **1. LA SAISINE DE L'ARBITRE.**

Une fois le litige né et à partir de la seule clause compromissoire depuis la réforme de 1980, l'art. 1462 NCPC indique que l'arbitre ou les arbitres déjà désignés sont **saisis par les deux parties** (en général lorsqu'il y aura eu un compromis) ou par la **seule partie la plus diligente** (généralement quand il n'y aura eu qu'une clause compromissoire, et alors la partie aura fait préalablement connaître à l'autre son intention de mettre en œuvre la clause, ce qui n'est pas une obligation), d'une demande d'arbitrage, sans que le législateur exige de formes particulières.

Il est toutefois prudent de **marquer l'introduction de cette demande d'arbitrage par un certain formalisme** (lettre recommandée, acte d'huissier). Les arbitres **acceptent leur mission** et à partir de là le tribunal arbitral est constitué, et il est **saisi du litige**. C'est le **point de départ** du délai de l'instance, à moins que les parties n'aient décidé de fixer le point de départ non au moment où le tribunal est constitué, mais au **moment où il est effectivement saisi du litige**, où les arbitres prennent connaissance du litige existant entre les parties, ce qu'elles peuvent faire depuis le décret de 2011. Elles peuvent encore choisir un autre moment, celui où les dossiers auront été remis aux arbitres par exemple. Le délai de l'arbitrage est de **6 mois**, sauf convention contraire.

C'est au moment où le tribunal arbitral est effectivement saisi du litige que sera rédigé **l'acte de mission ou un procès-verbal de première réunion** entre les parties et les arbitres, afin de fixer le **siège de l'arbitrage** (importance de la loi du siège, qui est distincte de la loi de procédure choisie par les parties et qui sera donc surtout importante en cas de recours au juge étatique, juge d'appui) si cela n'a pas été fait auparavant, de préciser **l'objet du litige et le déroulement de la procédure**, ainsi que le **délai de l'arbitrage**. La rédaction de tels actes n'est pas obligatoire, mais la clause compromissoire peut l'avoir prévu, comme le règlement d'arbitrage.

## 2. LA COMMUNICATION DES PIÈCES ET DES CONCLUSIONS.

Suivant que les arbitres auront décidé d'une **procédure écrite ou orale**, il y aura échange de conclusions et de pièces sans audition des parties (ce qui est rare), ou au contraire celles-ci seront entendues.

Dans les deux cas comme elles le feraient devant le juge étatique, les parties doivent accompagner, l'une sa demande et l'autre sa défense, de **conclusions et de pièces qui forment les mémoires, en demande et en défense**. La communication se fait suivant certaines modalités et dans un certain délai prévu par les parties ou le plus souvent par les arbitres, ou encore par le règlement du Centre d'arbitrage. Trois principes doivent toujours être respectés à ce stade : **l'égalité des parties, le respect du contradictoire, et l'efficacité de la procédure**.

## 3. L'INSTRUCTION.

Le Code fixe quelques règles: l'instruction doit être **menée conjointement** par tous les arbitres, afin que tous puissent se décider en connaissance de cause (art. 1467 CPC), **texte également applicable à l'arbitrage international** par renvoi de l'article 1506, 3°.

Les parties auront pu arrêter des règles relatives à la production des preuves, parfois encore par référence à un règlement d'arbitrage. Les litigants peuvent ainsi accepter la procédure de *discovery* qui consiste à les obliger à s'échanger en début de procédure, même massivement, tous les documents pertinents au regard des demandes formées.

Le tribunal arbitral peut aussi procéder aux actes d'instruction nécessaires, soit ordonner des **expertises, entendre des témoins, exiger des preuves des parties, procéder à des transports sur les lieux...**

Après les **audiences de plaidoirie** et la **production des pièces**, il peut y avoir **clôture des débats**, afin d'éviter que les parties ne produisent des arguments tardivement, mais ce n'est pas là une obligation et les parties peuvent donc produire tardivement de nouveaux arguments, tant qu'elles respectent le principe du contradictoire.

#### **4. LES PRINCIPAUX INCIDENTS AFFECTANT L'INSTANCE.**

Ils se produisent surtout en droit interne où le délai de l'arbitrage est de six mois.

- A propos du **délai, lorsque celui-ci est expiré, l'instance arbitrale prend fin**, d'après l'art. 1477 CPC. Si un compromis avait été passé, il en faudra un autre, puisqu'il a été rédigé quand le litige était déjà né, pour le règlement de ce litige en particulier. La justice étatique redevient donc compétente. En revanche la clause compromissoire, qui est rédigée avant la naissance de tout litige, demeure valable et oblige en principe les parties à recommencer un autre arbitrage.

**En principe la sentence rendue hors délai est nulle** (art. 1492, car les arbitres ont statué sans se conformer à leur mission). Mais afin d'éviter cela la jurisprudence a admis **qu'il suffisait que la sentence ait été rendue avant le *dies ad quem***, même si elle n'a été notifiée qu'ensuite. Ensuite **la nullité n'affecte que la sentence**, et non les actes accomplis dans le délai, notamment les rapports d'expertise. Enfin **il ne faut pas que la partie qui demande la nullité ait renoncé à s'en prévaloir**. Elle renonce à s'en prévaloir lorsqu'elle continue de participer à l'arbitrage, même hors délai. Elle renonce également à s'en prévaloir lorsqu'elle ne prévient pas d'abord les arbitres du dépassement du délai, car alors elle contrevient à son obligation de loyauté. Elle ne peut pas invoquer cet argument pour la première fois devant le juge étatique.

**Le délai peut être prorogé, conventionnellement** (consentement exprès ou tacite des parties, mandat donné à un centre d'arbitrage de proroger) ou **judiciairement** (juge d'appui saisi par l'une des parties ou par les arbitres). Par principe le tribunal arbitral

n'a pas le pouvoir de proroger lui-même ce délai, en raison de la source conventionnelle de son pouvoir. Mais depuis le décret de 2011 il le peut tout de même, seulement s'il y a eu suspension ou interruption de l'instance après un incident, et pour une durée n'excédant pas 6 mois (art. 1475 al. 2 CPC).

- **Les incidents relatifs à la preuve** : même si les parties doivent collaborer et se montrer loyales, il arrivera que **l'une d'elles refuse de produire une preuve**. Le tribunal arbitral peut alors l'y contraindre, au besoin sous peine **d'astreinte** (art. 1467 al. 3). Les arbitres ne peuvent en revanche **contraindre les tiers** à produire des preuves, voilà pourquoi le décret de 2011 (art. 1469 al. 1<sup>er</sup>) prévoit qu'une partie peut faire assigner le tiers détenant un élément de preuve devant le **Président du Tribunal de Grande Instance** (saisi comme en matière de référé), qui n'est pas le juge d'appui, dans un souci de protection des tiers. Ce juge ne peut pas en revanche les contraindre à témoigner.

## 5. LE DELIBERE ARBITRAL.

A l'issue de l'instruction commence la phase du délibéré pendant laquelle les arbitres **se concertent en vue de rendre leur décision**, sur le fond du litige.

Délibérer est pour eux une obligation en droit interne, énoncée par l'article 1476 al. 1<sup>er</sup>, auquel l'art. 1506 ne renvoie pas. Cet article renvoie seulement au fait que les délibérations doivent être secrètes (art. 1479). Toutefois **il relève de l'ordre public international que tous les arbitres délibèrent**.

Aucune forme particulière n'est requise pour ce délibéré, qui peut prendre la forme d'une réunion des arbitres ou même se faire par **téléphone**, voire même par **correspondance** (Civ. 2<sup>e</sup>, 28 janvier 1981), et peut même circuler entre arbitres un projet de sentence.

Les règles posées par le législateur sont les suivantes :

- Les délibérations sont **secrètes** (art. 1469, « *Les délibérations des arbitres sont secrètes* », qui fait écho à l'article 448 NCPC « *Les délibérations des juges sont secrètes* »). La règle vaut en droit interne comme en droit international, par renvoi de l'art. 1506, 4<sup>o</sup>, et contrairement aux dispositions de cet article, les parties ne devraient pas avoir le pouvoir d'y déroger car cette règle relève de l'ordre public international. Elle se justifie par l'indépendance des arbitres, mais aussi par l'égalité des parties, aucune d'entre elles ne devant pouvoir anticiper la solution et éventuellement s'en protéger, etc.

- Également, le délibéré doit simplement permettre de dégager une **majorité** (art. 1470), facile à obtenir lorsque le tribunal arbitral est impair.

**Une majorité se dégagera nécessairement** en droit interne puisque les arbitres auront dû être nommés en nombre impair. **L'arbitre en désaccord peut refuser de signer la sentence**, les deux autres arbitres devant alors faire mention de son refus (art. 1480, la sentence ne produit effet que si elle a été signée par tous). Il y a là une **façon de communiquer une opinion dissidente**, ce qui **peut porter atteinte au secret** des délibérés, ce qui **nuit également à l'indépendance** de l'arbitre car celui qui agit ainsi peut faire savoir à la partie qui l'a nommé qu'il a bien servi ses intérêts. Il y a là enfin pour l'arbitre un **moyen de faire connaître sa position scientifique** par rapport au litige, afin ensuite qu'il soit choisi pour juger dans le même sens (*arbitrator shopping*). Mais **la communication d'une opinion dissidente est admise dans les pays de Common law**. Elle ne contredit pas l'ordre public international, ce que la Cour d'appel de Paris a jugé plusieurs fois.

### III. LA SENTENCE ARBITRALE

1. L'élaboration de la sentence arbitrale – 2. Les recours contre la sentence arbitrale – 3. L'exécution de la sentence arbitrale

#### 1. L'ELABORATION DE LA SENTENCE ARBITRALE.

A. Notion de sentence arbitrale – B.

##### A. Notion de sentence arbitrale

###### 1. *Nature de la sentence arbitrale*

La sentence arbitrale n'est pas définie par le Code de procédure civile, ni par la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. C'est donc une question relevant des droits internes de l'arbitrage, non unifiée par un outil international quelconque.

La définition, française, de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris définit la sentence comme **l'acte d'un arbitre qui tranche de manière définitive, en tout ou partie, le litige qui lui est soumis, que ce soit sur le fond ou sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance**, telle qu'elle résulte par exemple d'un arrêt de 1994 (25 mars 1994, Rev. arb. 1994, p. 391, note Ch. Jarrosson. Adde : Paris 10 nov. 1995, Rev. arb. 1997, p.596, obs. J.P., Paris 11 avr. 2001 Rev. arb. 2003, p. 143, note D. Bensaude, Paris 11 mai 2006, Rev. arb. 2006, p.857, Paris 29 nov. 2007, Rev. arb. 2009, p. 741, note C. Chainais, Paris 15 juin 2010, Rev. arb. 2010, p. 392, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 oct. 2011, Rev. arb. 2010, p. 86, note F.X. Train, Paris 26 févr. 2013, Rev. arb. 2014, p. 82, note P. Duprey et C. Fouchard, Paris 2 juill. 2013, Rev. arb. 2014, p. 130 note E. Loquin).

Elle emporte un certain nombre de conséquences pratiques et fondamentales : « seules peuvent faire l'objet du recours en annulation les véritables sentences arbitrales, c'est-à-dire les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure mettant fin à l'instance. Les décisions qui ne répondent pas à ces critères, quelle que soit leur dénomination, participent seulement à l'instruction du litige, sans préjuger de son règlement, peuvent être modifiées après débat par les arbitres eux-mêmes et ne peuvent faire l'objet d'un recours distinct de la sentence ».

En premier, l'enjeu d'une telle définition est essentiel. En effet, la sentence dispose d'un certain nombre d'attributs, l'autorité de la chose jugée, la possibilité d'obtenir l'exequatur ou d'exercer des recours, etc. Seules donc les véritables sentences, au sens de la jurisprudence française, peuvent être revêtues de l'exequatur et peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. De même, seules ces « véritables sentences » peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, à l'exclusion alors de toutes décisions qui ne

seront pas considérées comme des sentences, comme des ordonnances de procédure et autres « mesures d'organisation de l'arbitrage ». Ces « décisions », même désignées par les arbitres comme des « sentences », ne pourront être éventuellement critiquées que lors du recours contre la sentence définitive, et non pas de façon autonome dès leur prononcé par le tribunal arbitral.

Cette définition n'a aucune influence sur la nationalité de la sentence. Est une sentence interne celle qui est rendue en France sans que des intérêts du commerce internationale soient en jeu. Par opposition, est une sentence internationale celle qui met en jeu de tels intérêts aux termes de l'article 1504 du Code de procédure civile. Une sentence arbitrale est « étrangère » lorsqu'elle est rendue à l'étranger, c'est-à-dire lorsque le siège de l'arbitrage se situe en dehors du territoire de la République Française. Une sentence, « étrangère » en France, peut cependant être « interne » pour l'ordre juridique du siège ou internationale : peu importe pour son traitement dans la conception française.

Une conception plus large de la notion de sentence arbitrale pour envisager tout type de décision des arbitres, et non seulement celles qui tranchent définitivement un litige, permettrait à un plus grand nombre de décisions d'accéder à la « notion » de sentence arbitrale et de bénéficier de ces attributs. C'est le cas des sentences de « bifurcation », par laquelle il décide de séparer les questions de compétence et de fond, qui n'est pas, dans la conception française, une sentence mais également les « sentences » avant dire droit notamment celles qui décident des mesures provisoires ou conservatoires, les décisions sur des points de procédure, notamment sur des questions de « disclosure », lorsqu'une règle de droit anglaise ou américaine est applicable à la procédure dans un arbitrage international. Ces décisions, devenues sentences, pourraient alors faire l'objet d'exécution forcée ou de critiques devant le juge de l'annulation. C'est la conception américaine de la sentence.

L'avantage est de permettre l'exequatur de la décision.

Les inconvénients sont cependant multiples, la nature de la décision dépend du choix des parties heurtant le principe de l'indisponibilité des voies de recours, elle heurte le principe selon lequel la nature de la sentence ne dépend pas du choix réalisé par les arbitres, elle multiplie les risques de recours dilatoires.

## *2. Les types de sentences arbitrales*

Les sentences sont dites « partielles » ou « intermédiaires » sont celles dans lesquelles les arbitres sont appelés à trancher un point précis, mais, isolé, du litige, de telle manière que la « sentence », ne met pas fin au litige et ne dessaisit pas totalement les arbitres, sinon sur le point particulier objet de la sentence partielle. Il s'agit en général de sentences qui se prononcent sur la compétence du tribunal arbitral, ou bien encore sur la loi applicable au litige, ou encore sur une question de fond, mais par exemple touchant au principe d'un point du litige, comme le principe de la responsabilité d'une partie, ou le principe de la qualité d'exécution d'un contrat, ou encore celui de la validité d'un contrat ou d'une clause, etc.



Les sentences sur la compétence, par lesquelles un tribunal se prononce sur sa propre compétence, soit pour la valider soit sur décider sa propre incompétence, sont l'objet de débats qui, notamment, mettent en œuvre le principe « compétence-compétence » et celui de « l'autonomie de la clause compromissoire » par lesquelles le tribunal arbitral est compétent pour trancher la question de sa propre compétence.

La sentence d'incompétence est une véritable sentence puisqu'elle met fin au litige devant les arbitres. Toutefois, cette règle emporte interrogation sur le point de savoir si une sentence d'incompétence est juridiquement possible. Comment un tribunal arbitral pourrait rendre une décision d'incompétence, alors que, du fait de cette sentence, il est incompétent. Cette impasse logique est précisément celle qu'évite le principe « compétence-compétence » : c'est précisément parce que l'arbitre est compétent pour trancher la question de sa propre compétence, donc de son éventuelle incompétence, que le fondement existe. D'ailleurs, l'article 1492, 1° du Code de procédure civile ouvre le recours en annulation contre la sentence de l'arbitre qui s'est déclaré incompétent.

Les sentences mixtes présentent en un seul instrumentum une décision au fond et une décision avant-dire droit ordonnant une mesure provisoire.

Les sentences interprétatives ou en rectification d'erreur matérielle, peuvent être demandées par les parties. Elles sont des sentences et sont donc susceptibles de faire l'objet d'une voie de recours, par exemple d'un recours en annulation.

Les sentences par défaut visent à régler l'une des difficultés de l'arbitrage, si l'une des parties décide de ne pas comparaître à l'audience en déniait, infructueusement, toute légitimité à la convention d'arbitrage. Les principes compétence-compétence et d'autonomie de l'arbitrage empêchent qu'une telle obstruction puisse prospérer. Une sentence sera rendue par le tribunal arbitral, constitué selon les règles prévues par la convention d'arbitrage, le centre d'arbitrage ou la loi de procédure applicable. Toutefois, pour qu'une telle sentence soit valable, il convient qu'elle respecte les règles de validité d'une sentence et, notamment, que le principe du contradictoire soit correctement appliqué et, donc, que la partie défaillante soit informée, avertie, que les écritures et pièces lui soient adressées, comme si elle participait volontairement à l'arbitrage.

Les « Sentences » d'accord-parties constituent un cas très particulier. Il est usuel que le développement de l'arbitrage voie parallèlement se négocier et éventuellement se réaliser des transactions entre les parties, en cours d'instance, sur tout ou partie du litige. L'accord transactionnel aboutit alors à mettre fin au litige et dessaisit le tribunal arbitral dans les mêmes conditions. Il est également usuel que les parties souhaitent que l'existence et le contenu de l'accord transactionnel soit constaté par les arbitres, ne serait-ce que pour donner à l'accord une certaine solennité, et surtout lui faire bénéficier, moins de l'autorité de la chose jugée, que de la possibilité d'obtenir la mise

en œuvre des procédures assurant l'exécution ou la reconnaissance d'une sentence. Dès lors les parties ne tranchent pas le litige mais reprennent le contenu de la transaction dans la sentence.

Encore convient-il qu'il s'agisse bien d'une sentence, d'un acte juridictionnel. Ainsi, le fait qu'une sentence arbitrale se contente de constater l'existence d'un accord entre les parties n'est pas une sentence. Une véritable « sentence » d'accord parties est possible, dès lors que les arbitres ne se contentent pas de reprendre la transaction mais détermine des motifs, par exemple en considérant la validité du contenu de la transaction, ou bien en écartant un point particulier, le tout discuté entre les parties de manière contradictoire (comp. loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art. 30 : « *une telle sentence a le même statut et le même effet que tout autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire* »).

Les « sentences » sur les coûts de l'arbitrage sont souvent prévues dans des règlements d'arbitrage. Parmi les coûts de l'arbitrage, peuvent être inclus les honoraires des arbitres, les coûts de l'intervention de l'institution d'arbitrage, au besoin, divers coûts matériels, mais également des honoraires d'expertise, les honoraires des conseils voire le coût consacré par les parties elles-mêmes à préparer les éléments nécessaires au bon déroulement de l'arbitrage, l'ensemble pouvant même dépasser le montant du principal de la sentence.

Au-delà, et notamment en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage permet de fonder la compétence des arbitres. Il ne fait pas de doute, par exemple, que la question des honoraires des arbitres et des frais afférents relève de la compétence, par le fait même de la convention, des arbitres. Ceux-ci peuvent donc condamner une partie à payer, sur le fondement de la solidarité, les honoraires dus par l'autre, ou répartir, ou ne point le faire, les frais de la procédure entre les parties. En revanche les autres frais, et notamment les frais occasionnés par l'organisation par chaque partie de la défense de ses intérêts, repose sur un autre fondement, celui, le plus vraisemblable, de la responsabilité d'une partie, dans la mesure où c'est, alors, l'initiative du déclenchement de l'arbitrage, ou la résistance à celui-ci qui justifie une décision d'imputer à une partie le paiement des frais engagés par l'autre.

## A. LA PREPARATION DE LA SENTENCE ARBITRALE

En droit interne, les articles 1476 et suivants du Code de procédure fixent les règles élémentaires organisant la préparation de la sentence arbitrale. Les articles 1483 et 1492-6° du Code de procédure civile énumèrent ainsi les conditions de formation sanctionnée par la nullité, tandis que l'article 1492-6° du Code de procédure civile fixe un cas de recours en annulation lorsque « *la sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix* ».

### 1. Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international

En droit interne, l'article 1478 CPC impose aux arbitres de trancher le litige « conformément aux règles de droit applicables » à moins que les parties leur aient confié des pouvoirs d'amiable compositeur.

Rien n'interdit de soumettre un contrat interne à une loi étrangère, à supposer toutefois que cette détermination n'affecte pas les règles de l'ordre public interne.

La question de la détermination du droit applicable intéresse essentiellement le cas de l'arbitrage international.

#### *a. Choix par les parties du droit applicable au fond du litige*

##### *i. Principe de liberté du choix*

Les parties sont libres de choisir le droit applicable, au fond, ce qui résulte tout à la fois des règles du droit international privé, par exemple de l'article 3§1 du Règlement « Rome I » et des règles du droit de l'arbitrage international.

En droit français de l'arbitrage international, l'article 1511 CPC dispose de manière un peu différente que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies (...)* », règle unanimement partagée par tous les droits internes de l'arbitrage international.

Les règles de droit choisies par les parties, à défaut les lois appropriées, ou les lois choisies, *en tant qu'elles* sont estimées appropriées au litige. La formule britannique « proper law of the contract » rend mieux compte, sans doute, de la situation que la formule continentale, « droit applicable au contrat » dans la mesure où c'est le caractère « approprié » de la loi qui importe, de sorte qu'il peut apparaître de manière expresse, par un choix, ou de manière tacite.

Le plus souvent, les parties choisissent la loi applicable au fond dans une clause de loi applicable d'un contrat ou clause « *d'electio juris* ». D'autre fois, la clause apparaît dans la clause compromissoire, imposant aux arbitres de faire application d'un droit déterminé, ce qui est sans doute plus adapté, davantage gage d'efficacité dans le cadre d'un arbitrage.

Le choix de la loi applicable au fond peut être tacite. Le choix n'est pas exprès mais il apparaît à la lueur d'un certain nombre d'indices : évocation dans des documents préparatoire, dans des courriers, dans des annexes, etc. Il peut aussi s'agir de la situation dans laquelle le choix par les parties doit être efficace : il s'agit d'identifier les règles de droit que les arbitres estiment « appropriées », de sorte qu'on pourrait considérer que des lois appropriées pourraient être considérées comme tacitement mais systématiquement convoquées pour traiter le litige.

##### *ii. Le choix d'une loi étatique*

Le choix d'une loi étatique par les parties est la situation la plus usuelle. Ces règles sont connues, identifiées, étudiées, publiées, pratiquées, etc.

Il pourrait même s'agir d'une loi religieuse, voire d'un droit disparu, par exemple le droit romain, ce serait bien entendu assez ridicule, mais possible.

En pratique, cette question est souvent l'occasion d'après discussions, chacune des parties tentant de convaincre l'autre de l'opportunité du choix de « sa » loi », souvent nationale, du moins dans l'hypothèse dans laquelle les parties sont de nationalité différente. Le choix final sera donc le résultat d'un pouvoir de négociation, soit pris en termes de rapport de force, soit en termes d'échange entre les parties. Parfois, les parties parviennent à s'entendre sur la loi d'un état tiers, loi « neutre », comme les lois suédoise ou suisse. Dans d'autres, le choix d'une loi particulière s'impose en raison de son adaptation ou de l'habitude, de l'usage, dans ce domaine particulier, comme les contrats de transport maritime dans lesquels la loi anglaise est souvent choisie.

### iii. Le choix d'une norme non étatique

Le choix d'une norme non étatique paraît, *a priori*, absurde dans une conception interne ou étatique du droit international privé des contrats. Toutefois, le droit de l'arbitrage propose une conception beaucoup plus souple.

L'une des sources non étatiques usuellement invoquée est la *lex mercatoria*, qui consiste en un ensemble de règles matérielles provenant de sources, écrites, non étatiques, transnationales (ou anationales) ou des usages, les usages du commerce international.

La *lex mercatoria* ne constitue pas une référence à des règles précises qu'on trouverait bien rangées dans une bibliothèque, mais à un ensemble assez disparate de règles souvent de sources privées, de « hard law » comme les Principes Unidroit, ou de « soft law » comme des recommandations ou des Chartes d'éthique, voire les différentes « recommandations » rédigées par des institutions privées telles que les « IBA Rules » établies par l'International Bar Association.

On y trouve en effet des « principes généraux du droit du commerce international » comprenant des règles essentielles comme la règle *pacta sunt servanda*, le principe de bonne foi dans la formation, l'exécution ou la rupture des contrats, la règle de l'estoppel, le rejet de la fraude, le principe de l'exception d'inexécution, d'un droit à l'adaptation d'un contrat en cas de changement de circonstances économiques, etc., notamment en tant qu'ils sont validés par la « jurisprudence arbitrale ».

On peut ajouter encore les usages du commerce international, mais encore, sans doute, les clauses ou contrats-types usuellement utilisés par des organisations professionnelles, sectorisées, et formant à leur tout des « sous *lex mercatoria* », comme la *lex sportiva*, la *lex constructionis*, etc., ou non spécialisées, comme les Incoterms rédigés et révisés régulièrement par la Chambre de commerce internationale.

L'un des développements les plus fameux de ces règles matérielles du droit du commerce international repose sur la rédaction « codifications savantes », et notamment des « principes Unidroit relatifs aux contrats internationaux ». Le préambule des Principes Unidroit prévoit que « ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire ».

La question de la compatibilité d'un tel choix avec les exigences d'ordre public se posent, comme dans l'arrêt *Hilmarton* même si celle-ci concernait l'hypothèse du choix d'une loi étatique : en l'espèce, il s'agissait du cas d'une société française ayant confié la mission à une société de droit anglais d'obtenir un marché public en Algérie, c'est-à-dire, pour le dire clairement, d'exercer une « influence » sur le gouvernement algérien. Une clause compromissoire était intégrée dans le contrat, prévoyant l'application du droit suisse et le siège de l'arbitrage en Suisse. La société *Hilmarton*, ayant sans doute été efficace, demandait le paiement de ses honoraires et l'arbitre (unique) avait rejeté la demande en considérant que le contrat violait la loi algérienne, ce qui avait pour effet de rendre le contrat contraire aux bonnes mœurs au sens du code suisse des obligations. On saisit la qualité contorsionniste du raisonnement de l'arbitre : ce n'est pas le droit suisse qui est en cause, mais bien l'application de règles pénales algériennes (voire françaises). La marge d'appréciation de l'arbitre confronté à cette situation est ténue, comme le démontre, d'ailleurs, l'annulation de la sentence par les juges suisses. Mais pris du point de vue de l'arbitre international, il se trouve face une liberté dont l'exercice est complexe. Aucune prescription ou règle de l'arbitrage international n'impose à l'arbitre d'appliquer une norme impérative autre que celle résultant des règles de droit du fond du litige choisies par les parties. Dans une conception optimiste, ou idéaliste, de l'arbitrage, l'arbitre peut considérer que s'imposent, aux règles de droit choisies, des lois impératives, ou des lois de police en relation étroite avec le litige de sorte qu'il ne pourrait conférer une valeur à un accord anticoncurrentiel ou illicite. Dans une conception plus réaliste, ou tragique, de l'arbitrage l'arbitre peut avoir, simplement, le souci de l'efficacité de la sentence à rendre et de la mission qui s'impose à lui. Il se trouve confronté à un dilemme, dont rend compte l'affaire *Hilmarton* : l'ajout d'une règle non prévue dans la mission de l'arbitre, même relevant de l'ordre public international, dont font partie lois de police, menace la validité de la sentence.

#### *b. Choix par les arbitres du droit applicable au fond du litige*

Faute d'avoir choisi une loi applicable au contrat ou au litige, les parties devront s'en remettre à une technique de détermination choisie par les arbitres. En pratique la situation est rare.

### 2. La délibération du tribunal arbitral

Le délibéré arbitral fait l'objet de l'article 1476 du Code de procédure civile, dont l'alinéa 1<sup>er</sup> prévoit que « *le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé* ». Il se conjugue avec les dispositions de l'article 1479 qui indique que : « *les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes* » et de l'article 1480 du Code de procédure civile pour lequel « *la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix* », et que : « *elle est signée par tous les arbitres* ».

Les dispositions de l'article 1479 sont par ailleurs d'ordre public.

#### a. L' « obligation » de délibérer

Le Code de procédure civile n'évoque pas explicitement une « obligation » de délibérer, mais de l'exigence de la fixation de la date du délibéré, celle-ci peut cependant être déduite.

Le tribunal doit donc, en premier, fixer la date du délibéré. Cette date est essentielle dans la mesure où, à cette date, les parties ne pourront plus adresser d'écritures pour discuter les moyens adverses ou en soulever de nouveaux, de pièces, à moins que ce ne soit à la demande du tribunal arbitral, précise l'article 1476, al. 2 du Code de procédure civile.

A cette date, les échanges sont donc clos. Pourtant, il est fréquent que les parties continuent d'adresser des arguments après la date du délibéré, qui sont irrecevables en principe, sauf si le tribunal décide de les recevoir et de faire respecter le contradictoire. En effet, aucune règle d'ordre public ne considère que la procédure arbitrale est écrite et, de même que les parties peuvent soulever des moyens nouveaux au cours de l'audience, elles peuvent le faire ensuite. Hormis les principes directeurs du procès qui s'imposent, dans l'arbitrage interne, c'est le tribunal arbitral qui détermine la procédure applicable (CPC, art. 1464).

Lorsque le tribunal arbitral comporte plus d'un arbitre, l'obligation de délibérer, leur impose de décider ensemble, dans la logique de collégialité.

Aucune règle particulière ne précise la forme que le délibéré doit revêtir, ou même sa durée, sinon celles qui seraient posées par la convention d'arbitrage. Le délibéré peut donc prendre toute forme choisie par le tribunal arbitral. Le plus souvent il s'agit d'une discussion orale à l'occasion d'une réunion dédiée à cet effet, mais la distance géographique entre autres circonstances entre les arbitres peut conduire, surtout avec les moyens modernes de communication, à organiser un délibéré par correspondance, ou par courriel, par télé ou vidéoconférence.

L'article 1480, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile impose en matière d'arbitrage interne que « *la sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix* ». Une situation de blocage peut exister et les règles du Code de procédure civile n'étendent pas à l'arbitrage interne la règle de l'arbitrage international qui prévoit que, à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral décide seul..

En matière internationale, l'article 1513 du Code de procédure civile prévoit en effet que la sentence est en principe rendue à la majorité des voix, mais ajoute que « *à défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul* ».

La preuve de l'absence de délibéré, qui repose sur celui qui l'invoque, est difficile à rapporter : il suffit en effet que la sentence fasse mention de la délibération, ou la signature de la sentence ou la mention que l'un des arbitres a refusé de signer la sentence, ou encore la mention de l'opinion de l'un des arbitres, pour que celle-ci en assure la preuve, jusqu'au succès d'une inscription en faux.

Il arrive cependant qu'un arbitre refuse de signer la sentence, ce qui peut aussi bien être le signe que l'arbitre n'adhère pas au contenu de la sentence que celui qu'un délibéré n'a pas eu lieu. L'absence de signature n'est plus une cause de nullité de la sentence, de

sorte que la partie qui entend obtenir l'annulation de la sentence ne peut se fonder sur cette circonstance, mais bien démontrer qu'aucun délibéré n'a eu lieu.

#### b. Le secret du délibéré

Le secret du délibéré est imposé par l'article 1479 du Code de procédure civile. Il implique que les arbitres ne doivent révéler aucune information concernant le déroulement, les propos tenus, les réticences ou dissidences, les arguments, etc., qui se sont manifestés durant le délibéré.

Le principe du secret du délibéré connaît une exception à partir du moment où la possibilité pour un arbitre de refuser de signer la sentence arbitrale est reconnue.

La règle de la majorité offre, par nature, la possibilité d'opinions séparées, minoritaires ou dissidentes, très connu des juristes de *common law*. La Cour d'appel de Paris a considéré, à propos d'un arbitrage international, que « s'agissant du secret du délibéré, l'acte de mission prévoit que les règles applicables sont celles qui résultent du règlement d'arbitrage de la CCI en vigueur le 1er janvier 1998 ; qu'en conséquence la violation du principe du secret du délibéré devant les juridictions consacré par l'article 448 du Code de procédure civile, dont excipe le requérant, n'est pas applicable en l'espèce ; que le secret du délibéré, qui n'est pas plus une cause d'annulation de la sentence en droit international qu'en droit interne, ne fait d'ailleurs pas par principe obstacle à l'expression d'opinions dissidentes ou séparées ; qu'ainsi le requérant n'identifie pas en quoi l'existence d'une opinion dissidente serait de nature à heurter la conception de l'ordre public international dès lors que le principe de la collégialité et du délibéré a bien été respecté » (Paris, 9 oct. 2008, RTD. com 2009, p. 543, obs. E. Loquin, Rev. arb. 2008, p. 352, note J.-G. Betto et A. Canivet). Toutefois, l'opinion dissidente ne fait alors pas partie de la sentence et ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée.

### 3. L'adoption de la sentence arbitrale

#### a. L'adoption de la sentence arbitrale interne

A l'issue des délibérés, la sentence est rédigée. Son prononcé met fin à l'instance arbitrale et dessaisit le tribunal (art. 1485). Plusieurs précisions :

- Cette sentence est **rendue en droit ou en amiable composition**, selon ce qu'auront décidé les parties. D'après l'art. 1478 l'arbitrage en droit est présumé, mais si les parties en ont décidé autrement, les arbitres auront pu tenir compte de l'équité, des usages du commerce... Les arbitres pourront toujours juger en droit car le recours à l'équité n'est pour eux qu'une faculté. Mais alors **la jurisprudence les oblige à se justifier de ce choix**, et à montrer la conformité de leur solution avec l'équité (Civ. 2<sup>ème</sup>, 15 février 2001).

En matière internationale la sentence sera rendue suivant le droit applicable au fond du litige, droit choisi par les parties et à défaut par les arbitres.

- La sentence présente à la fois une **nature juridictionnelle et contractuelle** :  
 . **Comme un jugement** la sentence doit être délibérée, motivée, peut faire l'objet d'un appel. Une fois rendue elle a l'autorité de la chose jugée.  
 . **Comme un contrat** elle est inopposable aux tiers et n'a pas par elle-même la force exécutoire.

- La **forme de la sentence** : celle-ci doit être **écrite** et contenir un certain nombre de mentions (CPC, art. 1481) :

- les **noms** des arbitres qui l'ont rendue, afin de garantir que les auteurs de la sentence sont bien les arbitres qui ont été investis par les parties. A peine de nullité.

- la **date** à laquelle la sentence est rendue, afin de s'assurer que la sentence a bien été rendue dans les délais. A peine de nullité.

- le **lieu** où elle a été rendue, afin de déterminer le juge compétent pour donner l'*exequatur*.

- les **nom, prénom ou dénomination des parties**, ainsi que leur domicile ou siège social, aux fins d'identification.

- le nom des **avocats** qui ont représenté ou assisté les parties.

L'article 1483, alinéa 2, du Code de procédure civile prévoit l'hypothèse d'erreurs ou d'irrégularités

- La sentence doit aussi **reprendre les prétentions des parties et leurs moyens**, succinctement, et être **motivée** (CPC, art. 1482, al. 2).

- pas besoin en revanche de **dispositif**, même s'il est d'usage.

- La sentence doit aussi être **signée par tous les arbitres** ou alors porter mention du refus de l'un d'eux de signer, afin de vérifier que tous les arbitres ont bien participé au délibéré.

### **b. L'adoption de la sentence arbitrale internationale**

- Une « obligation » de **délibérer** peut, indirectement, être déduite de l'article 1476, al. 1<sup>er</sup> et de l'article 1479 du Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 1506, 4<sup>o</sup>.

L'originalité de l'arbitrage international se situe essentiellement à propos du défaut d'unanimité des arbitres dans leur décision, « dans le silence de la convention d'arbitrage, la sentence est rendue à la majorité des voix » (CPC, art. 1513).

- les règles en matière d'arbitrage international n'imposent pas de règles de forme des sentences, à la différence des règles intéressant la forme des conventions d'arbitrage.



Une règle implicite impose une sentence écrite (Conv. NY 1958, art. IV, 1, a). L'article 1506-4° du Code de procédure civile renvoie aux règles prévalant en matière interne, les articles 1481 et 1482 notamment.

- La motivation ne s'impose pas expressément mais est extrêmement recommandée.

## C. LES ATTRIBUTS DE LA SENTENCE ARBITRALE

### 1. L'autorité de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale présente un **effet juridictionnel** mais, acte juridictionnel *privé*, elle ne bénéficie pas de l'intégralité des effets liés à un jugement, de sorte est nécessaire une notification (CPC, art. 1484, al. 3) et éventuellement l'exequatur de la sentence arbitrale.

La sentence arbitrale produit ses effets, au moment où elle est rendue (CPC, art. 1484), et ce, peu important que la décision ait été ou non prononcée publiquement.

### 2. Le dessaisissement du tribunal arbitral

#### a. Les effets positifs de la sentence arbitrale

La sentence emporte production, par elle-même, des intérêts au taux légal aux termes de l'article 1231-7 du Code civil

Surtout la sentence bénéficie de l'**autorité de la chose jugée** (CPC, art. 1484) et de la force probante d'un acte authentique (cf. infra, n° ).

En outre, la jurisprudence française rejetant l'exigence d'un dispositif, il en résulte que l'autorité de la chose jugée, pour les sentences arbitrales s'étend à l'ensemble de la sentence et point simplement au dispositif s'il est présent dans la sentence.

L'autorité de la chose jugée s'attache sans difficulté aux motifs décisifs. S'agissant de motifs de soutien, la question est plus ambiguë. Si en effet, un motif de soutien, par exemple la question de la loi applicable à un contrat, dispose de l'autorité de la chose jugée, il en résulte alors que dans une autre procédure, cette question ne pourrait plus être contestée. Très connue des systèmes de *common law*, cette situation est en revanche contestée en droit français.

Par ailleurs, le principe de concentration des moyens, formulé dans le célèbre arrêt *Cesareo* impose de présenter, dès la première instance l'ensemble des moyens nécessaires à fonder ses demandes, ou sa défense, , avec toutefois une forme dérivée en tant que règle de concentration des demandes (et non des moyens).

La sentence, comme toute décision de justice, emporte l'application de la règle de l'autorité de la chose jugée **limitée aux seules parties** et non à l'égard des tiers. Il en résulte que la sentence arbitrale est opposable aux tiers ce dont rend compte d'ailleurs la sanction de la tierce opposition de l'article 1501 du Code de procédure civile.

L'opposabilité de la sentence est cependant distincte de l'autorité de la chose jugée en ce que cette dernière est obligatoire entre les parties tandis que, à l'égard des tiers, la question de l'opposabilité se présente de manière factuelle : la sentence a provoqué un bouleversement de l'ordonnancement juridique et est pour les tiers un fait, une situation juridique, que les tiers peuvent invoquer à leur profit ou qui peut être invoquée contre eux.

#### b. Le dessaisissement du tribunal arbitral

Le **principe du dessaisissement** pour les arbitres (CPC, art. 1485, al. 1<sup>er</sup>).

Ce dessaisissement de l'arbitre est limité toutefois aux pouvoirs conférés à ce dernier : les sentences préparatoires, partielles, avant-dire droit, etc., ne dessaisissent par l'arbitre pour ce qui relève de question allant au-delà de l'objet de celles-ci.

Par exception, l'article 1485, al. 2 du Code de procédure civile réserve l'hypothèse de **l'interprétation, du complément et de la rectification d'erreurs matérielles**.

## 2. LES RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

La sentence arbitrale est une décision de justice qui s'oppose une exécution : l'exécution de la décision est le processus normal de terminaison de la procédure arbitrale. Toutefois, une sentence doit, pour sa validité correspondre à un certain nombre de canons qui doivent être respectés : leur défaut ouvre éventuellement droit à un recours, essentiellement le recours en annulation. Les deux procédures sont parfaitement distinguées.

La question de l'existence de voies de recours contre une sentence arbitrale ne s'entend pas d'évidence dans la mesure où l'arbitrage est un mode de règlement, alternatif, privé, d'un litige et surtout un mode *autonome* de règlement d'un litige par rapport à quelque juridiction étatique que ce soit.

En droit interne, l'appel est exclu, sauf choix des parties. Un certain nombre de pays adoptent la solution contraire, dont le Royaume Uni, à travers la procédure de « appeal on a point of law » (English Arbitration Act 1996, Section 69), sauf accord contraire d'ailleurs choisi la plupart du temps.

En matière d'arbitrage international les sentences arbitrales internationale ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation (CPC, art. 1518) et les parties peuvent, par convention spéciale pour les sentences rendues en France, faire l'objet d'une renonciation à un tel recours (CPC, art. 1522), solution exclue en matière d'arbitrage interne.

La voie de recours « normale » contre une sentence arbitrale sera ainsi le *recours en annulation*.

L'article 1503 du Code de procédure civile exclut des recours autres, tels que l'opposition et le pourvoi en cassation.

## A. LES RECOURS ORDINAIRES CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

En matière d'arbitrage interne, l'appel n'est possible qu'à titre d'exception, le recours en annulation étant la voie de recours ordinaire de principe contre une sentence (CPC, art. 1491) : « la sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties ».

### 1. Règles communes au recours en annulation et à l'appel

Les diverses réformes en matière d'arbitrage ont rationalisé les voies de recours, ce qui s'exprime par exemple à travers les règles intéressant l'appel et le recours en annulation. Les règles en matière de recours en annulation sont ainsi celles de l'appel (CPC, art. 1494 à 1498) /

- compétence de la cour d'appel du ressort du lieu dans lequel la sentence a été rendue (CPC, art. 1494)
- un délai de recours, d'un mois (CPC, art. 1494, al. 2)
- caractère **suspensif** (CPC, art. 1496), en **matière interne**, **aucun caractère suspensif en matière internationale** (CPC, art 1526, al. 1<sup>er</sup>).

Dès lors, la procédure peut se poursuivre malgré le recours en annulation, par exemple sur le fondement de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence.

Deux hypothèses:

- ou bien une partie a déjà saisi le juge de l'exequatur et dans ce cas, le recours en annulation emporte automatiquement recours contre l'ordonnance d'exequatur et dessaisissement du juge de l'exequatur au profit de la cour d'appel, juge de l'annulation (avec exequatur automatique en cas de rejet du recours en annulation, ou si le juge de l'exequatur se prononce malgré le recours, annulation automatique de l'ordonnance, avec la conséquence tirée de l'admission ou du rejet du recours, cf. CPC, art. 1527, al. 2 et infra, n° ).
- ou bien au contraire, la partie qui a triomphé n'a pas encore saisi le juge de l'exequatur et il dispose alors de la capacité de le faire. Il suffit lui donc d'obtenir l'exequatur de la sentence pour pouvoir mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée, malgré l'existence d'un recours en annulation en cours, et ce peu important que la sentence soit ou non revêtue de l'exécution provisoire (du moins en France).
- renvoi aux règles de droit commun de l'appel des articles 900 à 930-1 du Code de procédure civile et un effet identique attaché à la conjugaison de l'appel ou du recours en annulation sur l'exequatur de la sentence (CPC, art. 1499).

Quelques différences, cependant : le recours en annulation est une procédure originale, propre à l'arbitrage. Le recours en annulation n'a pas pour objet de faire en sorte que

l'affaire soit rejugée au fond (elle peut l'être, ensuite, si l'annulation est retenue, mais dans une autre audience) : le recours en annulation a donc pour objet le procès de la sentence arbitrale, en considération d'éléments précis, déterminés par l'article 1492 du Code de procédure civile.

Le principe, posé par la Cour de cassation est que « le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage » (Cass. civ. 1ère, 12 févr. 2014, Rev. arb., p. 389, note D. Vidal, JCP, 2014, éd. G., 475, note D. Mouralis, Cah. arb. 2014, p. 585, note L.-Ch. Delanoy, JDI 2015, p. 145, 145, note P. de vareilles-Sommières).

- **estoppel**, CPC, art. 1466 : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

## 2. Règles spécifiques au recours en annulation

### a. Le juge compétent

Le recours en annulation d'une sentence arbitrale ne peut être introduit que devant les juridictions du lieu où elle a été rendue, le « juge du siège ».

Si la sentence a été rendue en France, qu'il s'agisse d'une sentence interne ou internationale, une juridiction française, à déterminer, sera donc compétente.

Si la sentence a été rendue à l'étranger en revanche, il convient d'introduire un cours selon les règles prévues au lieu où l'arbitrage a été rendu : le recours contre une sentence rendue à l'étranger devant un juge français est donc irrecevable.

Aucune voie de recours en France ne peut donc être exercée contre une sentence rendue à l'étranger, sinon de manière médiate, par la discussion, en France, de l'action en reconnaissance ou en exécution de la sentence par une ordonnance éventuellement frappée d'appel.

**En matière de contrats administratifs internationaux**, un conflit naît des conceptions judiciaires et administratives.

La cour de cassation fonde sa compétence et sa faculté de contrôler la validité d'une sentence sur le fondement de la Convention de New York tandis que, pour le Conseil d'Etat, c'est une règle du droit administratif, forgée par sa jurisprudence, qui détermine son intervention.

Dans l'affaire *Inserm* (T. confl., 17 mai 2010, *Inserm*, n° 3754, D. 2010, p. 1359, obs. X. Delpech, p. 2633, note S. Lemaire, p. 2323, obs. S. Bollée, p. 2933, obs. T. Clay, et 2011, p. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; AJDA 2010, p. 1047, p. 1564, note P. Cassia ; RDI 2010, p. 551, obs. S. Braconnier; RFDA 2010, p. 959, concl. M. Guyomar, p. 971, note P. Delvolvé; Rev. crit. DIP 2010, p. 653, note M. Laazouzi ; RTD com, p. 2010. 525, obs. E. Loquin) le Tribunal des conflits choisit une solution de principe assez ambiguë : le recours contre une sentence rendue en France doit, en principe, être porté devant le juge judiciaire, mais le juge administratif demeure compétent lorsque le « recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les

mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

L'objectif du Conseil d'Etat est très clairement de ne pas soumettre les sentences rendues en matière de litiges administratifs internationaux à la technique judiciaire de contrôle de la validité des sentences, au regard de l'ordre public ou de l'ordre public international, qui demeure minimal, que promeut la Cour de cassation (cf. infra) et ce, au risque, assumé par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat, que cette position n'attire guère les opérateurs étrangers à choisir une voie arbitrale de règlement des litiges.

Si, en matière interne, toute renonciation à exercer un recours en annulation est nulle (CPC, art. 1491, al. 2), elle est admise en matière d'arbitrage international (CPC, art. 1522, al. 1<sup>er</sup>) : « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ».

#### b. Cas d'ouverture du recours en annulation

Le recours en annulation est le recours de droit commun contre une sentence arbitrale (CPC, art. 1491, en matière interne, art. 1518). Il est d'ordre public en droit interne, la renonciation étant possible en matière d'arbitrage international.

Le recours en annulation permet seulement un contrôle de la légalité de la sentence et non une révision de la sentence et encore, uniquement en considération des cas d'ouverture prévus en la matière soit, en droit français, de l'article 1492 en matière d'arbitrage interne et 1520 en matière d'arbitrage internationale.

##### i. Le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent

Première hypothèse : le tribunal arbitral s'est à tort déclaré *compétent*, prévue par les articles. 1492, 1<sup>o</sup> et 1520, 1<sup>o</sup> du Code de procédure civile (absence de consentement à la convention d'arbitrage, absence de convention d'arbitrage,

Deuxième hypothèse : décision des arbitres de se déclarer *incompétent*.

**ii. Le tribunal a été irrégulièrement constitué** (CPC, art. 1492, 2<sup>o</sup> et 1520, 2<sup>o</sup>) : exigence d'imparité des arbitres, situation d'incompatibilité entre la mission d'un arbitre et sa profession, tribunal arbitral constitué non conformément aux règles prévues par la convention d'arbitrage, par exemple, si une convention d'arbitrage renvoie au règlement d'un centre d'arbitrage et que les parties se constituent en tribunal arbitral *ad hoc*, non respect du principe d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

iii. Le tribunal a statué sans se conformer à la mission qui lui avait confiée (CPC, art. 1492, 3° et 1520, 3°)

Cas dans lequel les arbitres ont décidé *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà de la mission confiée, par exemple au-delà des motifs de décisions invoqués par les parties.

Cas dans lequel les arbitres ont décidé *infra petita*, c'est-à-dire en deçà de la mission confiée n'ouvre pas de recours en annulation, par exemple si les arbitres accordent des réparations inférieures à celles demandées.

Cas de l'obligation des arbitres de statuer en droit ou en amiable composition, selon le choix des parties.

Cas où une sentence est rendue en dehors des délais, légaux ou conventionnels.

Cas où l'arbitre ne respecte pas les règles de procédure qui s'imposent à lui, par la loi ou surtout par choix des parties, y compris dans un arbitrage institutionnel, lorsqu'un centre d'arbitrage établit un règlement d'arbitrage.

iv. Le tribunal n'a pas respecté le principe de la contradiction

v. La sentence est contraire à l'ordre public (CPC, art. 1492, 5°) ou bien sa reconnaissance ou son exécution sont contraire à l'ordre public international (CPC, art. 1520, 5°)

C'est le cas le plus important en pratique.

L'ordre public, interne, est l'ordre public de droit privé.

L'ordre public international est considéré comme plus restrictif que l'ordre public interne avec lequel il ne se confond pas, mais qui correspond à « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales » (Paris, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001, p. 773, note C. Séragliani).

Deux types d'ordre public se présentent, l'ordre public de fond et procédural.

L'ordre public de fond ou substantiel, c'est-à-dire qui est en jeu au fond du litige, les règles matérielles en débat correspond en matière d'arbitrage interne, à l'ordre public traditionnellement entendu.

En matière d'arbitrage international, l'ordre public international de fond est beaucoup plus restreint et ne correspond en rien à l'ordre public interne : il correspond, pour résumer ici, aux lois de police et aux « règles fondamentales » de l'ordre juridique français.

L'ordre public procédural est constitué des principes et règles considérés comme fondamentaux (autres que le principe du contradictoire qui ouvre la possibilité d'un autre type de recours en annulation).

En matière interne, les règles processuelles considérées comme essentielles sont en général bien délimitées, ne serait-ce que parce les règles du droit de l'arbitrage renvoient expressément à quelques unes de ces règles dont celles constituant les principes directeurs du procès (CPC, art. 4 à 10, 11 al. 1<sup>er</sup>, 13, à 21).

En matière d'arbitrage international, le contenu de cet ordre public est plus diffus, et s'identifie à quelques règles essentielles identifiées comme telles : le principe d'égalité entre les parties et notamment le principe dit « égalité de armes », le non respect des règles essentielles des procédures collectives notamment de suspension des poursuites, le non respect par la sentence d'une décision étrangère ayant été exécutée en France, la fraude procédurale commise dans le cadre d'un arbitrage, par exemple le fait de ne pas présenter aux arbitres une solution juridictionnelle affectant, de manière effective et concrète, l'ordre public international procédural.

Deux conceptions de l'ordre public international, minimaliste ou maximaliste s'opposent.

La conception minimaliste de l'ordre public interne ou international au sens du droit de l'arbitrage repose sur le fait d'une part que les règles impératives internes sont en nombre considérable et d'autre part que l'annulation du seul fait que la sentence a méconnu ou mal interprété une clause et ce faisant n'a pas appliqué une règle de droit impérative reviendrait à réviser la sentence au fond.

Ainsi, l'objet du recours en annulation est le fait que la sentence est « contraire à l'ordre public » et non qu'elle viole une règle particulière d'ordre public.

La conception maximaliste implique un contrôle plus important sinon complet de la sentence à l'aune de la notion d'ordre public et donc que le juge de l'annulation se préoccupe du respect par l'arbitre de tous les éléments qui aboutissent à l'application d'une règle d'ordre public, y compris donc la technique de qualification d'une situation juridique.

**La jurisprudence française retient traditionnellement la conception minimaliste.**

La jurisprudence limite en effet le contrôle de la validité de la sentence arbitrale internationale aux « atteintes flagrantes, effectives et concrètes » (Paris, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Séraglino, Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Defense c. GIE Euromissile*, JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot, I, 134, n°8, obs. Ch. Séraglino, JDI 2005, p. 357, note A. Mourre, D. 2005, pan. 3058, obs. Th. Clay, RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin, Rev. crit. DIP 2006, p. 104, note S. Bollée. Adde : L.G Radicati di Brozzolo, « L'illicéité qui "crève les yeux", critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », Rev. arb. 2005, p. 529, Ch. Séraglino, « L'affaire Thalès et le non usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation », Gaz. Pal. 21-22 oct. 2005): « le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond en l'absence de fraude ou de violation manifeste, effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux »

Dans l'affaire *Thalès*, la sentence, internationale, se voyait reprocher d'avoir validé un contrat dans un sens donnant un effet à une situation d'entente anticoncurrentielle. Par conséquent, dans cette affaire, au regard de l'application des règles du droit de la concurrence, le juge de l'annulation ne contrôle pas l'application de ces règles, mais uniquement le fait que la solution de la sentence soit conforme à l'ordre public, ici concurrentiel, et ce, de manière à ne pas conduire à une révision, au fond, de la sentence internationale : « le juge de l'annulation ne saurait effectuer un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction d'une révision au fond, en l'absence de fraude ou de violation manifeste », mieux, selon les termes de la Cour d'appel, une violation « devant crever les yeux du juge ».

Plus exactement, ou plus abstraitement, ce qui est alors en jeu est le fait que la sentence ne soit pas, de manière « flagrante », en contradiction avec une règle d'ordre public.

**Toutefois, on constate l'évolution de la jurisprudence française et une hiérarchie dans l'ordre public**, spécialement dans des situations de corruption, de soupçons de malversations financières de manière plus générale, dont le blanchiment d'argent, la violation de règles pénales des affaires plus globalement.

C'est le cas notamment depuis quelques années (Paris, 4 mars 2014, D. 2014, p. 1967, obs. S. Bollée; Rev. arb. 2014, p. 955, note L.C. Delanoy (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2015, Rev. arb. 2016, p. 219, note L. Ch. Delanoy, pourvoi rejeté); Paris, 14 oct. 2014, *Rép. Du Congo*, D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay; Paris, 4 nov. 2014, *Man Diesel*, Rev. arb. 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; D. 2014, p. 2031, obs. S. Bollée. La voie est formellement ouverte, après l'arrêt *Thalès* de 2004 : lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520, 5<sup>o</sup> du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international » (Paris 9 avr. 2009, Cah. Arb. 2010/3, p. 889, note E. Loquin, Paris 4 mars 2014, préc). V. aussi Paris 30 sept. 1993, D. 1993, p. 225, RTDcom. 1994, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin, Rev. arb. 1994, p. 359, note D. Bureau) et notamment de manière franche depuis 2017 (Paris 21 févr. 2017, n°15/01650, *Rép. Kirghizistan c. Belokon*, D. 2017. 2054, obs. S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay ; Rev. arb. 2017. 915, note S. Bollée et M. Audit ; RDC 2017. 304, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet, RTDcom.2019, p.42, obs.E. Loquin, Paris, 16 mai 2017, *Rép. Du Congo*, n°15/17442, D. 2017, p. . 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2559, obs. T. Clay ; JDI 2017. Comm. 20, note E. Gaillard; Rev. arb. 2018. 248, note J.-B. Racine, Paris, 10 avr. 2018, *Alstom Transport*, Rev. arb. 2018, p. 574, note E. Gaillard, D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout, p. 2460, obs. Th. Clay) pour considérer qu'un pacte de corruption ou de blanchiment d'argent sont, en soi, une violation de l'ordre public international.

v. L'absence de motivation de la sentence interne et les règles formelles spécifiques de l'arbitrage interne



### c. L'effet du recours en annulation

La mission de la Cour d'appel, juge de l'annulation, consiste en droit français de l'arbitrage, à contrôler la validité de la sentence, sur le fondement des cas d'annulation visés par l'article 1492 ou 1520 du Code de procédure civile. Le juge de l'annulation n'est pas en mesure de réviser, au fond, la sentence, ce dont il résulte un grand pouvoir des arbitres, ou une grande confiance attribuée, par la loi française de l'arbitrage, aux arbitres.

Le juge peut alors :

- rejeter le recours en annulation (cas le plus fréquent)
- admettre le recours en annulation

Il en résulte

- l'annulation de la sentence. La Cour d'appel annule la sentence, elle ne dispose que de ce pouvoir : elle ne peut pas profiter de cette décision d'annulation pour en tirer des conséquences au fond et, par exemple, la réviser.

Le juge de l'annulation ne peut pas non plus renvoyer la cause devant le tribunal arbitral, s'il ne peut être à nouveau être réuni (ce qui est en général le cas). L'annulation d'une sentence emporte annulation de toutes les décisions, non considérées comme des sentences qui en seraient le préalable, ou la conséquence, comme une sentence rectificative ou en interprétation.

Le juge de l'annulation peut prononcer une nullité totale ou partielle de la sentence, n'affectant que les dispositions qui la vicient.

L'annulation de la sentence produit l'anéantissement de la sentence ou de la partie annulée de celle-ci, sauf les actes préalables au déclenchement de l'instance, et notamment la demande d'arbitrage ou la convention d'arbitrage.

- Arbitrage international : impossibilité pour le juge de l'annulation de trancher le litige. Il convient donc de réunir à nouveau le tribunal arbitral, ou bien pour que les parties présentent différemment le litige, ou bien pour que le tribunal se saisisse des obstacles présentés par le juge de l'annulation (dans le cas par exemple de la contrariété de la sentence à l'ordre public international).

- Arbitrage interne (CPC, art. 1493) : « lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond de l'affaire dans la limite de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties ». Il s'agit donc ici, sauf volonté des parties de constituer un nouveau tribunal arbitral pour « rejurer » l'affaire, d'assurer à la Cour d'appel la faculté de juger au fond le litige, comme si elle se trouvait face à l'appel d'une décision étatique de première instance.

## B – LES RECOURS EXTRAORDINAIRES CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

## 1. – La tierce opposition

La tierce opposition est une voie de recours particulière réservée à l'arbitrage interne, ouverte à un tiers à une procédure qui se considère comme visé et lésé par la décision rendue, par exemple parce qu'un cocréancier, une caution, un contractant indirect, etc., peut subir une mesure d'exécution ou bien parce que la sentence, opposables aux tiers, prend une position contraire aux intérêts de ce tiers.

## 2. – Le recours en révision

Le recours en révision permet de sanctionner une sentence arbitrale frappée de fraude et aboutissant à la rétractation de la sentence. L'article 1502 du Code de procédure civile dispose que : « Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues par les articles 594, 596, 597 et 601 à 603 du Code de procédure civile. Le recours est porté devant le tribunal arbitral. Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eut été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence ».

le recours en révision est ouvert lorsqu'une partie estime que la sentence a été rendue sur la base d'une fraude. Le délai pour engager le recours est de deux mois à compter du jour où le cas de fraude a été découvert.

Ces cas s'organisent donc autour de la notion de fraude, essentiellement, si l'auteur du recours n'a pu, sans la fraude de la partie au bénéfice de laquelle la sentence a été rendue, « faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision soit passée en force de chose jugée ». Il peut s'agir d'une décision surprise par un cas de fraude comme la présentation de fausses pièces, de pièces qui aurait dû être présentées aux arbitres mais qui ont été retenues (frauduleusement), de fausses attestations, témoignages, expertises, serments, et plus généralement « des manœuvres, machinations ou procédés quelconques de nature à donner ses affirmations une apparence de véracité qui a trompé la sagacité des juges ».

La jurisprudence étend d'ailleurs le cas d'ouverture à l'hypothèse dans laquelle un arbitre a caché l'existence de liens professionnels et économiques avec l'autre partie.

## 2. L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES ET LA PROCEDURE D'EXEQUATUR.

La plupart des sentences arbitrales sont **exécutées volontairement**, peut-être parce que celui qui n'exécute pas sait que son adversaire obtiendra facilement l'exécution forcée, par une procédure d'exequatur, auprès des juridictions étatiques.

Mais il reste parfois nécessaire de demander et d'obtenir **l'exécution forcée** de la sentence, en demandant son **exequatur**, et en fournissant l'original de la sentence ou une **copie** depuis 2011, comme c'était déjà le cas en droit international (les greffes n'ont ainsi plus à conserver les originaux des sentences). Il est également nécessaire de fournir

une **traduction**, lorsque la sentence est en langue étrangère (celle-ci n'a plus à être **certifiée** depuis le décret de 2011).

Le Président du TGI du **lieu où la sentence a été rendue (loi du siège)** est compétent en matière d'exequatur, pour les sentences rendues en France, et pour les sentences étrangères dont l'exécution est demandée en France, c'est le **Président du TGI de Paris**. Il y a ainsi au stade de l'exécution une **relocalisation et même une multilocalisation** (car chaque État admet ou non l'exécution dans son territoire, indépendamment de ce qu'ont décidé les autres) de l'arbitrage car pour obtenir l'exequatur, **la sentence devra satisfaire aux conditions des ordres juridiques dans lesquels l'exécution sera demandée**.

La procédure d'exequatur est **gracieuse** et non contentieuse. Si bien que l'exequatur peut être ordonné sans débat contradictoire, le décret venant expressément consacrer cette solution dégagée par la jurisprudence.

Les pouvoirs du juge de l'exequatur sont limités et celui-ci ne se livre qu'à un **examen sommaire de la sentence (contrôle prima facie)** : le juge vérifie **la forme de l'acte** et peut refuser l'exequatur à un acte qui n'aurait pas un caractère contentieux, qui ne serait pas une sentence arbitrale. Au fond le juge vérifie sommairement **si l'ordre public n'a pas été violé de façon flagrante** par les parties dans la convention ou par les arbitres dans la sentence (« absence de contrariété manifeste à l'ordre public », l'adjectif « **manifeste** » montrant que le contrôle est très léger). Et **la sentence est même divisible** : si elle viole l'ordre public sur certains chefs, **un exequatur partiel peut être accordé pour les autres**.

Dans tous les cas le juge de l'exécution statue seul et par voie d'ordonnance. Il doit **motiver** sa décision seulement **s'il refuse** d'accorder l'exequatur (s'il l'accorde celui-ci prend généralement la forme d'un simple cachet).

A ce stade **l'exécution est possible en droit international de l'arbitrage, car les recours (appel) ne sont plus suspensifs depuis 2011**(pour les sentences rendues après le 1<sup>er</sup> mai 2011). Cette exécution peut donc survenir même si la sentence n'était pas exécutoire par provision. La solution est différente en droit interne où les recours sont suspensifs et où la sentence ne peut donc être exécutée pendant le délai d'exercice des voies de recours (un mois) que **si elle bénéficie de l'exécution provisoire**.

Signalons enfin **qu'un recours (l'appel) est possible contre l'ordonnance qui refuse l'exequatur**. En revanche **quand l'exequatur est accordé**, l'ordonnance du juge peut être frappée d'appel seulement dans deux cas : si la sentence a été rendue à l'étranger ou si par convention spéciale les parties ont renoncé au recours en annulation. Ainsi **quand la sentence est rendue en France il n'y a apparemment pas de recours prévu contre l'ordonnance qui accorde l'exequatur** : en réalité si puisque le recours en annulation

pourra toujours être formé, et qu'il **emporte de plein droit recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur.**

Signalons encore que **le rejet du recours en annulation par le juge d'appel confère de plein droit exequatur** à la sentence ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Enfin, spécificité majeure du droit français **l'exécution d'une sentence annulée dans l'état du siège de l'arbitrage peut être prononcée.** Si l'annulation d'une sentence la prive d'effet, il en résulte qu'elle ne peut faire l'objet d'une exécution. Evidente en droit de l'arbitrage interne, la question est plus complexe en matière d'arbitrage international.

La jurisprudence française considère qu'il lui est toujours possible de contrôler la validité de la sentence, y compris au stade de l'exequatur demandé en France, que la sentence ait été annulée ou que le recours ait été rejeté dans l'état du siège.

La Convention de New York de 1958 (art. V.1.e) présume cependant cette confiance en tant qu'elle prévoit que l'annulation de la sentence au lieu où elle a été rendue fait obstacle à l'exécution de celle-ci dans un autre Etat signataire.

Cette cause de rejet de l'exécution est écartée en droit français au nom de la règle de l'autonomie de l'arbitrage international, solution posée dans une série d'affaires retentissantes, à compter de l'affaire *Norsolor* en 1984 (Cass. civ. 1ère, 9 oct. 1984, (*Norsolor*), Rev. arb. 1985, p. 431, note B. Goldman, JDI 1985, p. 679, note Ph. Kahn, D. 1985, p. 101, note J. Robert).

Dans l'affaire *Hilmarton*, en 1994 (Cass. civ. 1ère, 23 mars 1994 (*Hilmarton*), Rev. arb. 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson, JDI 1994, p. 701, note E. Gaillard, Rev. crit. DIP 1995, p. 356, note B. Oppetit, RTDcom. 1994, p. 702, obs. E. Loquin. Adde : Cass. civ. 1ère, 10 mars 1993 (*Ocean Linex*), Rev. arb. 1993, p. 255, note D. Hascher, JDI 1993, p. 360, note Ph. Kahn), la Cour de cassation a considéré, alors qu'une sentence arbitrale internationale avait été annulée par le Tribunal fédéral suisse, que l'exequatur obtenue en France était régulière car « la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation ».

La solution a été confirmée dans l'affaire *Putrabali*, en 2007 (Cass. civ. 1ère, 29 juin 2007 (*Putrabali*), JDI 2007, p. 1236, note Th. Clay, Rev. arb. 2007, p. 507, note E. Gaillard, RTDcom. 2007, p. 682, pbs. E. Loquin, JCP 2007, I, 216, n°7, obs. Ch. Seraglini.. Adde P. Ancel « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome » RJD 2007, p. 883, Ph. Pinsolle « L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale, à propos de l'arrêt Putrabali du 29 juin 2007 », Cah. arb. 2007/3, p. 14, L. Degos « La consécration de l'arbitrage en tant que justice autonome », D. 2008, p. 1429. V. aussi Paris 20 nov. 2012, Rev. arb. 2012, p. 882, Paris 4 déc. 2012, Rev. arb. 2013, p. 411, note Cl. Debourg.) dans lequel elle affirmait que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées, qu'en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2011 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays

d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger », de sorte que la question de l'exequatur, en France, est autonome de la validité de la sentence.