DROIT DE L'ARBITRAGE THÉORIE ET PRATIQUE

Jalal El Ahdab
Docteur en Droit, Avocat aux Barreaux de Paris, New York et Beyrouth

Daniel Mainguy
Agrégé des facultés de droit, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne,
Paris I Panthéon Sorbonne

LN_Logo_RGB_Primary_One-Color_Positive.eps

© LexisNexis SA

141, rue de Javel – 75015 Paris

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.

filet

photocopillage.tif

filet

Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement soit aujourd'hui menacée.

© LexisNexis SA, 2021
Siège social : 141, rue de Javel – 75015 Paris

filet

Cette œuvre est protégée dans *toutes ses composantes* (y compris le ***résultat*** des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la ***consolidation*** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

ISBN 978-2-7110-2437-7

Première partie

Introduction au droit de l'arbitrage

1. – La Justice et la justice. La Justice, la justice, deux termes identiques et pourtant si différents.

La Justice est une valeur, une finalité, un idéal. Elle relève de la morale, de la politique ou de la philosophie et présente ainsi une forme de normativité alternative à celle du droit. Pour certains, la Justice, comme d'autres universaux, est même connaissable sur la base d'un modèle qui peut être religieux, social, économique, *etc.*, qui forge un corps de « règles » non juridiques, non performatives, desquelles découleraient des règles, juridiques, conformes ou devant se conformer à cet idéal de Justice. Pour les positivistes au contraire, elle est inconnaissable dans la mesure où seules des règles juridiques peuvent servir de fondement de validité à d'autres règles juridiques ; or, toutes sont dissociées des règles morales. Même les positivistes pourtant, qui observent le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être, décrivent le droit et, ensuite, le louent ou le valident en fonction de critères relevant de l'idée de Justice qu'ils se font.

La justice, au contraire, est une administration ou un ensemble de procédures organisées afin que les droits, individuels ou collectifs des uns puissent être confrontés aux obligations ou aux devoirs des autres, face à des tiers particuliers, des magistrats, des juges. L'arbitrage est, dans cet ensemble, une des institutions qui participent à l'administration de la justice, dans une logique alternative à la justice étatique, voire autonome de tout processus étatique, notamment pour l'arbitrage international, dont l'arbitrage interne n'est qu'une variante. Il lui est complémentaire, telle l'autre face d'une même pièce, presque indissociable.

2. – Plan. L'institution de l'arbitrage identifie alors, avec d'autres, des situations dans lesquelles un conflit, une divergence d'intérêts, un litige, est réglé par une technique privée de gestion de ce litige. Ce n'est pas le seul : la négociation d'un contrat, par exemple, isole une situation de divergence d'intérêts que les parties règlent elles-mêmes, avec ou sans l'assistance d'avocats. La transaction de l'ancien article 2044 du Code civil est un contrat qui met fin à une *contestation*, née ou à naître, une sorte de *litige*, qui disposait expressément, jusqu'à 2016, de l'autorité de la chose jugée : c'est un concurrent du juge étatique. La médiation, la conciliation et bien d'autres techniques s'inscrivent dans le champ des modes alternatifs de règles des conflits. L'arbitrage est une institution, privée, plus importante en ce qu'elle est une

alternative directe à la justice étatique dans la mesure où les arbitres *tranchent* le litige qui leur est soumis, sur la base d'une *convention d'arbitrage*, par une décision, une *sentence arbitrale*. Un double fondement donc, conventionnel et juridictionnel. Objet de fascination, d'intérêt, de rejet, de curiosité, *etc.*, l'arbitrage est une institution vivante et efficace ou qui se veut efficace. Plutôt, alors, que de présenter une longue introduction générale, il a semblé préférable d'en faire une « partie » de l'ouvrage, pour y cheminer, à travers une *première rencontre de l'arbitrage* (Titre 1), puis d'envisager le fait que *l'arbitrage est le produit de la force de la volonté contractuelle* (Titre 2) et qu'il propose une décision, qui découle de *l'autorité d'une forme juridictionnelle* (Titre 3) dont *les frontières relèvent d'un clair-obscur* diffus (Titre 4), aux *origines anciennes* (Titre 5), dont *les sources sont tout à la fois convergentes et diverses* (Titre 6), dont il faut mesurer *les avantages et les inconvénients* (Titre 7), mais aussi la *sociologie et la légitimité* (Titre 8), de manière à présenter quelques grandes distinctions de l'arbitrage (Titre 9) et enfin tenter d'illustrer l'ensemble autour d'une question qui, à bien des égards, rassemble et montre la diversité de tous ses éléments : l'affaire *Tapie* (Titre 10).

À la rencontre de l'arbitrage

3. – Des approches infinies. Il existe une infinité de manières d'aborder ce que l'on désigne de manière générique par « l'arbitrage », un thème intemporel, à la fois vaste et pointu, mais qui suscite toujours la passion. La citation de Benjamin Franklin, dramatique et pacificatrice, est connue : « (…) il n'y a jamais de bonne guerre et de mauvaise paix. Quand l'homme se résoudra-t-il et consentira-t-il à régler ses différends par l'arbitrage ? »[1]. Comme ajoute le style philosophique d'Aristote selon lequel « l'arbitrage a été inventé pour que l'équité soit appliquée »[2]. Le sage recul de l'historien aide également : ce serait la plus ancienne forme de justice, bien avant les institutions judiciaires du droit romain. Ajoutons la conception mystique ou spirituelle, dans la mesure où la notion d'arbitrage est présente dans chacune des trois religions monothéistes, et universelle, car tous les systèmes juridiques le (re)connaissent, d'une manière ou d'une autre. Une lecture politique selon laquelle, en plagiant la formule churchillienne un peu fataliste, l'arbitrage, c'est comme la démocratie, le pire des systèmes, à l'exception de tous les autres. Une autre présentation, plus géopolitique, place cette institution à côté de la réalité d'une économie (encore) mondialisée, puisque, sans commerce ou investissement international, pas d'arbitrage, et réciproquement, et rappelle sa dimension internationale, où prime la recherche d'un forum neutre entre parties aux systèmes et cultures, notamment juridiques, différents. On n'oubliera pas le constat économico-insolent, où l'arbitrage peut être saisi tout à la fois comme une justice et un marché ; ou encore le jeu de mots sécurisant : l'arbitrage, ce n'est pas l'arbitraire ; et l'approche sociologique et alternative, voyant l'arbitrage comme une autre façon de rendre la justice, à l'écart des tribunaux étatiques. Reste encore la conception souverainiste : l'État, en confiant la possibilité à des juges privés le soin de rendre une décision de justice, renonce à l'un de ses pouvoirs régaliens, pour partie en tout cas. Sans parler de la critique inévitable : l'arbitrage, une justice de luxe, parfois « juste pour » les riches et souvent secrète. Viennent se mêler l'esprit et l'aléa du sport : les erreurs d'arbitrage font partie du jeu. On rappellera aussi la provocation technologique : avec la justice prédictive, l'intelligence artificielle rendra-t-elle aussi les arbitres (et les avocats) obsolètes ? Sans oublier l'exaltation des étudiants impatients de « vivre » l'arbitrage international : pour eux, cette pratique stimule et fait voyager, intellectuellement comme au sens propre. Il y a enfin le défi que pose l'arbitrage à la raison, celle de la rigueur du critère juridique, mais aussi aux catégories du droit comparé et à la souplesse intellectuelle : c'est une créature hybride, mi-juridictionnelle,

---

[1] B. Franklin, *Letter from Benjamin Franklin to Joseph Banks*, 27 juill. 1783, réimpr. *in The Private Correspondence of Benjamin Franklin*, 3e éd., 1818, p. 132.

[2] Aristote, *Rhétorique* I, 1374 b., éd. Les Belles Lettres, 1932.

mi-contractuelle, qui conjugue et met à l'épreuve continuellement des qualifications juridiques à la fois proches et lointaines… Aucune de ces innombrables approches ne dit sans doute toute la vérité de l'arbitrage, mais aucune n'a vraiment tort.

4. – Premières définitions juridiques de l'arbitrage. On le pressent bien : avant même d'approcher juridiquement l'arbitrage, l'idée même fait l'objet de conceptions et d'appréciations très variées, dans le temps et l'espace. Bien qu'il soit donc reconnu, consacré, voire parfois favorisé[3] par de nombreux systèmes juridiques, dont le système juridique français, l'arbitrage n'y fait que très rarement[4] l'objet d'une définition législative. Les textes de droit français – Code civil et Code de procédure civile – ne font pas exception à cette règle et ne fournissent pas d'éléments constitutifs de ce que serait l'arbitrage. Pourtant, sans en donner de définition solennelle, générale et définitive, la jurisprudence a souvent tenté de combler ce vide en en précisant les contours et le plus souvent en le ramenant à un certain nombre de critères. Ainsi, on pourra s'arrêter, presque arbitrairement, sur cet arrêt de la cour d'appel de Paris qui ne le définit pas à proprement parler, mais a pu en retenir trois traits essentiels : « L'arbitrage suppose qu'un tiers, choisi par les parties, ait reçu de celles-ci la mission de trancher le litige qui les oppose »[5]. Les juridictions étrangères se sont également intéressées à la définition de l'arbitrage, parfois davantage sous l'angle de la convention d'arbitrage[6], certains tribunaux allant jusqu'à poser une forme de *check-list* qui permettrait de retenir, ou non, la qualification d'arbitrage[7].

5. – L'absence de véritable définition légale ou jurisprudentielle a conduit à se tourner vers la doctrine pour approcher, de manière plus précise et systématique,

---

[3]C'est le cas notamment du *Federal Arbitration Act* américain (FAA). Ainsi, la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Moses H. Cone Memorial Hospital* v. *Mercury Construction Corporation*, 460 U.S. 1 (1983), énonce expressément que la section 2 du FAA traduit l'approche libérale de la politique fédérale favorisant les conventions d'arbitrage (p. 24 : « 9 U.S.C. § 2. (…) Section 2 is a congressional declaration of a liberal federal policy favoring arbitration agreements (…) the Courts of Appeals have since consistently concluded that questions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration. We agree. The Arbitration Act established that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration (…) »). V. Ph. Fouchard, *Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage : Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? : Rev. arb.* 1992, p. 199, spéc. p. 201 et s. – E. Gaillard, *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international : JDI* 2017, p. 529.

[4]V. cependant l'article 1 de la loi indonésienne n° 30/1999 qui énonce : « L'arbitrage se définit comme une méthode de règlement des litiges privés en dehors des tribunaux de droit commun, fondée sur une convention d'arbitrage écrite, conclue entre les parties au litige ».

[5]CA Paris, 9 déc. 1999 : *Rev. arb.* 2001, p. 159. – V. aussi : CA Paris, 1re ch. suppl., 3 mars 1992, *Sté Europe Immobilière* v. *Ofer : Rev. arb.* 1993, p. 123, note Ch. Jarrosson.

[6]V. par ex. la décision de la Cour suprême des États-Unis, *Salt Lake Tribune* v. *Management Planning*, 390 F. 3d 684, qui considère Court of Appeal, 10th Circuit 2004, selon laquelle l'essentiel de l'arbitrage réside dans le fait que les parties ont habilité une tierce personne à rendre une décision contraignante réglant leur différend ; V. égal. la décision du Tribunal fédéral Suisse du 21 novembre 2003, AFT 130 III 66 (consid. 3.1, p. 70), qui énonce que l'arbitrage peut être compris comme le consentement des parties à soumettre leur litige existant ou futur à un tribunal arbitral en exclusion des tribunaux étatiques et à se soumettre à un ordre juridique déterminable ; pour la Cour fédérale allemande, l'arbitrage est une juridiction non étatique qui concerne les affaires du droit privé et qui est fondée sur la volonté des parties (BGH [*Bundesgerichtshof*] 3 juill. 1975, III ZR 78/73).

[7]*England & Wales Cricket Board Ltd* v. *Danish Kaneria* [2013] EWHC 1074, reprenant la décision de la Cour suprême anglaise, *Walkinshaw* v. *Diniz*, 19 mai 1999, [2000] 2 AII ER (Comm) 237 (Q.B), qui énumère notamment : la volonté des parties (force obligatoire de l'accord des parties) ; le respect des droits du procès équitable ; la possibilité pour les parties de présenter leurs griefs ; aucune communication unilatérale des parties à des arbitres ; la procédure adaptée pour l'administration des preuves ; la compétence du tribunal arbitral découlant soit d'un consentement entre les parties, soit d'une ordonnance du tribunal, soit d'une disposition législative mentionnant qu'il s'agit d'une procédure d'arbitrage ; le choix des arbitres par les parties ; l'impartialité des arbitres…

l'essence de l'arbitrage, et parfois même sa notion[8]. Les « pères fondateurs » de la doctrine du droit moderne français de l'arbitrage ont d'ailleurs souvent convergé vers des définitions très proches : tandis que Philippe Fouchard[9], reprenant celle d'Henri Motulsky[10], rappelait que « par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent », René David y voyait une « technique » par laquelle les arbitres « tiennent leurs pouvoirs d'une convention et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État »[11], ce qui a conduit d'autres, comme Jean Robert[12], à insister de la même façon sur le caractère « privé » de cette justice. D'autres encore, plus tard, comme Charles Jarrosson[13], y ont vu une « 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 », insistant donc sur le caractère « institutionnel » et la « mission juridictionnelle » de l'arbitrage afin de « régler » ou « trancher » le différend qui les oppose[14]. Bruno Oppetit énonçait que la notion « évoque l'image d'une intervention tierce dans le dénouement ou la régulation d'une situation ou d'une institution ». Or, pour ce dernier, cette définition ne permet pas d'englober toutes les réalités afférentes à l'arbitrage[15]. On retrouve également dans la doctrine française plus récente ces éléments traditionnels, parfois reformulés, parfois complétés : ainsi, alors que certains tels Christophe Seraglini et Jérôme Ortscheidt définissent l'arbitrage comme étant « un mode de résolution des litiges par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent et qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger »[16], d'autres, comme Éric Loquin, le qualifient à la fois de « procédure juridictionnelle » du fait du caractère obligatoire de la décision de l'arbitre à qui est soumis un litige, et d'« institution conventionnelle » par l'accord des parties de soumettre ce litige à l'arbitrage[17]. Enfin, pour un autre auteur contemporain, Jean-Baptiste Racine[18], cet accord de volonté sur lequel repose l'arbitrage est « destiné à conférer à un tiers le pouvoir de trancher un litige ». Il préfère évoquer un « mode de résolution des litiges d'origine privée » et « volontaire » attribuant à un simple particulier la « fonction de juger ». Hors des frontières hexagonales, Albert Jan Van den Berg, un auteur néerlandais et comparatiste de l'arbitrage, estime que, par-delà les sources, on tend vers une acception commune de l'arbitrage fondée sur sa dualité : source conventionnelle et décision obligatoire[19]. D'autres auteurs américains, à l'instar de Gary Born, affirment que l'absence de

---

[8] V. not. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, préf. B. Oppetit, qui s'intéresse même à la « notion de notion », p. XV à XVIII.

[9] *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, n° 11 ; définition reprise *in* Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 7.

[10] *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, préf. Cl. Reymond, rééd. Dalloz, 1974, p. 5.

[11] *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9.

[12] *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, p. 3, n° 1.

[13] V. not. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., n° 785, p. 372.

[14] V. M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly éd., 1990, n° 1.

[15] B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 14.

[16] C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, 2019, p. 19, n° 7.

[17] E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., Lextenso, 2015, nos 6 et 9.

[18] J.-B. Racine*, Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. « Thémis droit », 2016, n° 7, p. 4.

[19] A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, p. 44. Selon cet auteur, l'arbitrage correspond au « règlement du litige entre deux ou plusieurs parties par un tiers (arbitre) dont le pouvoir provient de l'accord (la convention d'arbitrage) des parties, et dont la décision s'impose à elles ».

définitions législatives dans la plupart des systèmes n'empêche pas de tendre vers les mêmes critères, à la fois consensuels – soumission du litige, par ou pour les parties, à une autorité non étatique, c'est-à-dire une personne privée – et processuels – prononcé d'une décision obligatoire selon une procédure neutre et contradictoire[20]. On pourra aussi retenir cette définition large de la doctrine suisse qui, abordant l'arbitrage sous un angle comparatiste, affirme qu'il s'agit d'« un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement »[21].

6. – Conceptions spécifiques, synthèse impossible ? Il ne fait aucun doute que les conceptions et la nature du concept d'arbitrage diffèrent d'un pays, ou même d'un domaine à l'autre. On pense notamment à l'*arbitrato irrituale* (c'est-à-dire libre ou contractuel)[22], plus proche de l'expertise, ou encore au *tahkim* en droit musulman, que certaines écoles assimilent à la conciliation, et même à la France où coexistent l'arbitrage (politique) du Premier ministre lorsqu'il doit trancher une question budgétaire, voire choisir un prestataire pour effectuer telle ou telle mission, et l'arbitrage pratiqué par les marchés financiers internationaux pour la gestion de certains types d'actifs[23]. Ce qui pourrait conduire à vouloir réaliser une synthèse « politiquement correcte » et globalisante. La tâche serait toutefois ardue surtout lorsque, hors de France, on considère qu'il existe une conception proprement française de l'arbitrage international, ce que la jurisprudence française reconnaît d'ailleurs elle-même[24], à laquelle s'associent les auteurs[25] et qu'illustre par exemple et de manière radicale l'affaire *Putrabali* où la Cour de cassation française avait retenu qu'une sentence internationale est une décision de justice internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, identifiant l'existence d'un ordre juridique arbitral autonome, de telle manière qu'une sentence arbitrale qui, quand bien même elle aurait été annulée par un juge étranger, pourrait faire l'objet d'une exécution en France[26]. Même s'il était possible de relever une définition suffisamment souple pour couvrir les nuances infinies de cette notion, tel n'est pas l'objectif de cette entrée en matière. Le juge du *for* français pourrait se retrouver face à une forme d'arbitrage dont il n'a pas l'habitude, venu d'autres horizons et pour lequel la qualification « arbitrale » serait problématique selon ses propres règles. Outre cependant que l'hypothèse reste théorique[27], l'enjeu concerne ici avant tout les catégories propres au droit français, ce qui conduira surtout à s'interroger, en droit interne, sur les frontières de l'arbitrage par rapport à d'autres domaines qui lui sont proches. Ici seule compte l'approche initiale, pédagogique et fondatrice : peu importe qu'il s'agisse d'un *mode* alternatif de règlement des litiges, d'une *technique* contentieuse mais non judiciaire, de résolution d'un différend, d'une *institution* juridictionnelle ou d'une *justice* privée. Toutes ces

---

[20]G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2e éd., 2014, p. 217.

[21]J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 3, n° 3.

[22]CPC italien, art. 808 ter.

[23]V. par ex. : Cass. 2e civ., 21 janv. 2021, n° 19-15.145, n° 70D.

[24]Cass. 1re civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053 ; V. plus récemment : Cass. 1re civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.932, P+I : *JurisData* n° 2021-000457.

[25]B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998 ; *Philosophie de l'arbitrage commercial international : JDI* 1993, p. 811. – E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de La Haye, 2008, n° 2.

[26]Sur ces aspects, V. *infra*, n° 1382.

[27]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international, op. cit.*, n° 5 *in fine*, p. 4.

approches, souvent complémentaires, convergent en réalité vers une seule et même notion que les auteurs préfèrent retenir comme définition simple, ultime et selon eux, irréductible, de l'arbitrage : il s'agit d'une juridiction contractuelle ou de source contractuelle[28].

7. – Ces deux termes sont en effet irréductibles et leur combinaison suffit sans doute à saisir l'essence de l'arbitrage et, par là, d'en donner une définition épurée et synthétique. Outre que, à eux seuls, ils permettent de faire le départ avec d'autres mécanismes proches, c'est de chacun d'eux que découlent toutes les notions et les termes visés dans la plupart des définitions que l'on retrouve ici et là et fournies par les meilleures plumes : justice, mode, mécanisme, technique, convention, autonomie de la volonté, caractère privé, tiers, mission, règlement, résolution, litige, procédure, décision obligatoire ou quasi judiciaire, *etc.*

Encart 1

L'arbitrage : une juridiction contractuelle à trois temps

8. – On retiendra donc que l'arbitrage, défini comme juridiction contractuelle, implique la réunion de trois[29] caractéristiques essentielles, qui peuvent correspondre en fait aux trois temps de tout procès arbitral (qui sont aussi les trois côtés d'un même triangle : V. *infra*, Encart 2 n° 9) :

– « **L'avant arbitral** » : la juridiction arbitrale est établie sur un contrat, c'est-à-dire un fondement consensuel car seule la volonté des parties, parfois non expresse voire non écrite, peut soumettre un litige au pouvoir juridictionnel d'un tiers, dont le choix peut également être indirect (par le biais d'une institution d'arbitrage visée dans l'accord des parties, qui procédera à la sélection dudit tiers). C'est aussi ce contrat qui va façonner le type de tribunal et de procédure que veulent se donner les parties. De ce point de vue, il s'agit d'une fondation historique ou *a priori* ;

– le « **présent arbitral** » : toute juridiction suppose le respect et le déroulement d'étapes procédurales suivies devant elle, l'arbitrage n'échappant pas à cette réalité existentielle. Il s'agit donc bien d'un procès mais privé**,** le plus souvent à titre onéreux car conduit par des arbitres privés particuliers, et selon une procédure spécifique, puisqu'elle échappe aux règles formelles de la procédure civile applicables devant les tribunaux étatiques pour s'adapter aux besoins des parties et du litige, sauf pour ce qui touche aux principes communs à tout procès et aux garanties processuelles fondamentales, notamment l'indépendance et l'impartialité du

[28] Et non pas l'inverse, c'est-à-dire un contrat juridictionnel. Car, si l'arbitrage se *fonde* sur un accord de volontés, il n'est pas un contrat : il est d'abord une justice, assise sur un contrat et d'où émane une décision juridictionnelle. D'où l'importance de l'ordre des termes.

[29] Parfois réductible à deux, en ce que l'aspect procédural peut parfois être présenté comme résultant du premier (conventionnel) et du troisième (juridictionnel).

juge qui doit statuer, le respect du contradictoire et l'égalité des parties. Le procès arbitral, c'est donc la réalité concrète et actuelle de l'arbitrage ;

– la « **fin(alité) arbitrale** » : l'arbitrage est, enfin et surtout, une juridiction en raison de son effet juridictionnel puisque l'arbitre, ce « tiers juridictionnel » (il n'y a pas de justice s'il n'y a pas de tiers, c'est-à-dire une personne distante des deux parties)[30] dont l'exigence d'indépendance est proche de celle d'un juge, est investi du pouvoir et de la mission de trancher le litige qui lui est soumis et rend ainsi une décision qui s'impose aux parties, est revêtue de l'autorité d'un « quasi-jugement » et marque la fin de sa mission. Ainsi, la finalité de l'arbitrage est le prononcé d'une décision de justice.

9. – L'arbitrage, une institution hybride et triangulaire. Une autre approche, moins temporelle, plus géométrique mais tout aussi classique et pédagogique, consiste à présenter l'arbitrage comme une institution triangulaire qui s'articule autour des trois principaux acteurs de cette scène litigieuse. Les définitions dégagées selon plusieurs sources et systèmes font en effet ressortir deux caractères principaux qui semblent coïncider selon trois côtés égaux et complémentaires d'un même triangle : l'arbitrage crée à la fois des rapports conventionnels et juridictionnels nécessitant l'intervention d'un tiers, ainsi lié aux deux autres parties (les deux autres extrémités du triangle) par des côtés ayant cette double nature et reliées entre elles par ce double rapport. Derrière ce tiers qu'est l'arbitre, on trouve parfois une institution d'arbitrage qui vient encadrer la procédure, prêter main-forte à l'arbitre et faire l'interface entre le tribunal arbitral et les parties. C'est pourquoi l'arbitre et le centre d'arbitrage sont parfois traités sous le même angle du triangle, leurs prestations étant complémentaires et tournées vers la même direction : rendre et administrer la justice en faveur des utilisateurs qui recourent à leurs services. Dans tous les cas, on le voit bien, la nature hybride, mi-conventionnelle et mi-juridictionnelle[31] de l'arbitrage est incontestable.

Encart 2

Un triangle au centre du schéma arbitral

P01_Encart 2.eps

[30] Aristote, *La Politique, Introduction*, notes et index par J. Tricot, Paris, Vrin, 1977, V, 4, 7 ; 1132 à 20 : « Dans la personne du juge on cherche un tiers impartial et quelques-uns appellent les juges des arbitres ou des médiateurs, voulant signifier par-là que, quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice ». Pour d'autres, l'arbitre n'est tout simplement pas un tiers au sens strict : V. E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., 1re éd., 2015.

[31] V. J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage : Nature juridique, droit interne et droit international privé*, préf. J. Vincent, LGDJ, 1965.

L'arbitrage ou la force de la volonté contractuelle

10. – Une essence conventionnelle. L'arbitrage est principalement un mode de règlement des litiges dit « conventionnel » parce qu'il trouve *fondamentalement*, au sens propre, sa source dans la volonté des parties : c'est par leur accord que les parties décident de soustraire leur litige au juge étatique pour le soumettre à une personne privée de leur choix, l'arbitre, lequel est, tout autant du fait de son pouvoir juridictionnel que de l'origine conventionnelle de ce pouvoir, également qualifié de juridiction privée. Outre le choix même opéré par les parties du recours à l'arbitrage, les nombreuses modalités procédurales, et notamment le choix de « leur » arbitre, résultent en principe de l'accord des parties : tout fait donc de l'arbitrage une « créature du contrat »[32]. Plus spécifiquement, les parties investissent les arbitres de leur mission par la « convention d'arbitrage »[33], expressément consacrée par le Code civil (Livre III, Titre XVI) et qui, selon l'article 1442 du Code de procédure civile, « peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ». Sans ce socle conventionnel, qui exprime un consentement au recours à l'arbitrage, il n'y a pas d'arbitrage. L'arbitrage est donc d'abord, c'est-à-dire *à l'origine*, un contrat, même si on a voulu parfois, encore aujourd'hui, le réduire à ce dernier[34].

11. – Des volontés multiples. Cette fondation exclut d'ailleurs certaines formes d'« arbitrages », parfois ainsi abusivement qualifiés, alors que c'est la loi qui en fait en impose le recours, plutôt que les parties qui en feraient librement le choix : c'est l'hypothèse de l'arbitrage dit « forcé »[35], comme par exemple l'« arbitrage dit du

---

[32]Selon l'expression consacrée par la Cour suprême américaine : *Steelworkers* v. *American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) ; V. égal. *National Broadcasting Company, Inc. and Nbc Europe, Inc.* v. *Bear Stearns & Co., Inc. Merrill Lynch & Company Salomon Brothers, Inc. Sbc Warburg, Inc. Violy Byorum & Partners and Tv Azteca S.A. de C.V.*, 165 F.3d 184 (2nd Cir. 1999).

[33]Même si c'est plus précisément une autre convention, induite par la convention d'arbitrage, qui a pour objet cette mission donnée aux arbitres : le contrat d'arbitre. À ce sujet, V. *infra*, n° 861.

[34]La thèse moniste semblait en effet dominer dans la jurisprudence du début du siècle dernier (CA Paris, 10 déc. 1901, *Del Drago : JDI* 1902, p. 314 ; *DP* 1905, p. 128. – Cass. civ., 8 déc. 1914 : *D.* 1916, p. 194 ; *JDI* 1916, p. 1218), qui affirmait même que « les sentences qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel » (Cass. req., 17 juill. 1937, *Roses : JCP* G 1937, II, 449 ; *D.* 1938, p. 25 ; *S.* 1938, 1, 25 ; *JDI* 1938, p. 86) ; sur la qualification juridique d'une sentence d'accord-parties de transaction, et non de sentence, V. Cass. 1re civ., 14 nov. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 138, note J. Billemont ; V. aussi de manière plus contemporaine et radicale : V. Heuzé, *Une variété de transactions : la convention d'arbitrage : Rev. arb.* 2015, p. 3.

[35]A. Pinna, *L'arbitrage forcé : Gaz. Pal.* 16 déc. 2008, n° 351, p. 6.

Bâtonnier »[36]. Mais l'expression de ce consentement n'est pas toujours uniforme, directe, ou bilatérale : le consentement peut s'exprimer de façon très différente selon les cas, de façon plus ou moins exigeante ou formelle jusqu'à même parfois ne pas être « écrit » dit-on, voire être automatique (en cas de transmission du contrat contenant la clause arbitrale), de même qu'il ne sera pas nécessairement réciproque – en cas par exemple de clause optionnelle où seulement une partie peut lever « l'option » de l'arbitrage[37] – ou simultané. Ainsi, en matière d'arbitrage d'investissement – c'est-à-dire celui dont l'objet est un litige relatif à un investissement couvert par un traité international dit « de protection des investissements étrangers » et prévoyant une « clause » d'arbitrage[38] –, le consentement des parties est souvent différé ou décalé : d'un côté, l'État hôte exprime d'abord un engagement unilatéral (une forme d'« offre ») en faveur de l'arbitrage dans le traité, alors que l'investisseur étranger, dont l'État est aussi signataire dudit traité et qui porte le consentement potentiel à l'arbitrage « pour le compte » de ses ressortissants investisseurs, exprime son « intention arbitrale », une fois le litige né, en soumettant une requête d'arbitrage soit directement à l'État défendeur ou à un centre dédié comme par exemple le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il est vrai toutefois que ce type d'arbitrage a parfois a été critiqué, notamment par les États, en ce qu'il « forcerait » leur consentement et qu'il aboutirait même à un arbitrage « obligatoire ».

12. – Une conception libérale. Il existe donc une infinité de manières de s'accorder sur le principe du recours à l'arbitrage, presque autant qu'il y a de types de contrats. Parfois, on s'étonne, on s'offusque même, que le législateur puisse ainsi laisser aux parties le pouvoir de choisir leur justice et d'échapper au cadre judiciaire, qui serait éminemment du ressort régalien de l'État et devrait être éloigné de considérations privées et des prestations rémunérées.

La critique, qui n'est pas nouvelle, n'est pas vraiment fondée, du moins sur le plan des principes. On oublie d'abord que, parmi les modes de règlement des litiges, on compte l'oubli, le pardon, la paresse, *etc.*, qui éteignent un litige au moins aussi certainement que leur traitement juridictionnel, mais encore la transaction, la renégociation, *etc.* On omet également le fait qu'il n'est pas certain que le monopole étatique, supposé, du traitement des litiges est, d'une part, récent, issu de la Révolution française et, d'autre part, contingent : le droit d'Ancien Régime tolérait l'arbitrage, voire l'imposait, notamment dans les litiges de famille. On omet enfin le fait que le Code civil, l'autre Constitution de la France, disait Carbonnier, était et demeure d'un fondement libéral, au moins s'agissant du droit des contrats, qui a attribué à l'autonomie de la volonté un ensemble de conséquences dont le principe selon lequel ses règles sont supplétives[39]. S'ajoute le mouvement contemporain et profond de contractualisation de

---

[36]V. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971 (art. 7 et 20 ; *adde* : D. n° 91-1197, 27 nov. 1991) relative notamment à l'organisation de la profession d'avocat ; l'arbitrage « forcé » se rencontre aussi dans les entreprises de journaux et périodiques à travers une « commission arbitrale », en cas de rupture par l'employeur du contrat de travail à durée indéterminée d'un journaliste professionnel qui a une ancienneté de plus de quinze années : en cas de conflit autour de la rupture d'un contrat de travail d'un journaliste, une « commission » est saisie pour déterminer l'indemnité due (C. trav., art. L. 7112-4, L. 7112-5 et D. 7112-2). – Y. Strickler, *JCl.* Procédure civile, Art. 2059 à 2061, Fasc. 10, *Arbitrage – Généralités*, 10 sept. 2016, § 22 ; V. CA Paris, 21 févr. 2018, n° 14/16971 : la clause compromissoire l'emporte sur l'arbitrage du bâtonnier ; au sujet des « faux » arbitrages, V. *infra*, n° 132.

[37]Sur les clauses optionnelles, V. *infra*, n° 500.

[38]À ce sujet, V. *infra*, n° 156.

[39]Le retour du contrat s'impose cependant parfois : on pense notamment, concernant le Code du travail, à la petite

pans entiers du droit français, même les plus réglementés ou hostiles à la volonté des parties[40]. Par ailleurs, si le recours à l'arbitrage peut parfois heurter certains acteurs pour lesquels toute justice devrait rester étatique et gratuite, dans un mouvement de retour à une tradition jacobine, on peut s'étonner que, dans le même temps, il soit aisément admis que quasiment tout contentieux, notamment civil, puisse faire l'objet d'une transaction : si le litige est bien la chose des parties qui peuvent en disposer (presque) souverainement, y compris en décidant d'y mettre à tout moment un terme consensuel, on peut légitimement se demander pourquoi il y aurait un obstacle de principe à ce qu'un tiers se voie confier, conventionnellement et par ces mêmes parties, la mission de mettre également un terme au litige mais en le tranchant. En fait, tout comme dans presque tous les compartiments de la société, même les plus régaliens (l'éducation, la santé, la sécurité et même les travaux dits « publics »), il existe un secteur privé à côté des missions essentielles assurées par le secteur public, la justice ne fait pas exception à la règle : « Nous avons toujours supposé dans les développements précédents que le litige était porté devant un juge étatique. Mais rien n'empêche les plaideurs de confier cette mission à un simple particulier »[41]. Du reste, le législateur s'emploie à promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges depuis longtemps, promotion accélérée ces dix dernières années (V. *infra*, n° 38). Cette question de « légitimité » de l'arbitrage est d'ailleurs largement une question de confiance dans les procédures permettant à cette institution de prospérer (V. *infra*, n° 94).

13. – Un nœud de contrats. Le contrat est l'essence même de l'esprit arbitral, le cœur qui irrigue le corps arbitral. La volonté des parties est présente en effet tout le long de la procédure arbitrale ; elle ne se réduit pas à la seule convention d'arbitrage et s'y ajoute un réseau de contrats. C'est notamment le cas du « contrat d'arbitre »[42] (V. *infra*, n° 861), c'est-à-dire le contrat, presque toujours implicite, qui se forme entre les parties au litige contractuel et l'arbitre (ou les arbitres) qui accepte(nt) sa (leur) mission. De ce point de vue, l'arbitre est certes un « être juridictionnel », le tiers qui

---

révolution introduite par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite aussi « loi El Khomri »), entrée en vigueur au 1er janvier 2017 et qui, dans son article 8, a revalorisé l'accord de branche dans la hiérarchie générale des normes propre à ce domaine.

[40] En droit pénal, on pense à la composition pénale (ou parfois appelée « transaction pénale ») des articles 41-1-1 et suivants du Code de procédure pénale ; de même, en droit de la famille, autre domaine où les individus ont rarement la libre disposition de leurs droits, les articles 229-1 et suivants du Code civil (issu de la loi « Justice du XXIe siècle » de 2016), qui permet aux époux de désormais divorcer « librement », c'est-à-dire par consentement mutuel et sans le recours au juge (par actes d'avocats et devant notaire). C'est enfin la même philosophie qui a été introduite dans la loi du 9 décembre 2016, dite « Sapin II », qui est venue contractualiser, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) comme alternative aux poursuites pénales, certaines sanctions en matière de lutte contre notamment la corruption et la fraude fiscale. Ce système contractualisé a fait son entrée fracassante dans le droit positif français au début 2020 *via* la fameuse et « première » CJIP conclue entre le Parquet national financier (PNF), d'autres autorités de poursuite américaines (dont le Département de la Justice américain, familier des *Deferred Prosecution Agreement* [DPA], dont la CJIP s'inspire) et le *Serious Fraud Office* anglais, et Airbus SE, présentée devant le premier président du tribunal judiciaire pour homologation pour un montant de plus de 2 milliards d'euros au titre de l'amende d'intérêt public mise à la charge de la société Airbus. V. P. Dufourq, *Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus : Dalloz actualité*, 18 févr. 2020 ; *adde* : E. Plane, D. Mainguy, *CJIP Airbus : une première internationale (CJIP Airbus, 29 janv. 2020) : Revue de droit de la Guerre Économique* 2020/1, n° 16 (droit-contentieux-guerre-eco.fr).

[41] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, *Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2019, n° 2255.

[42] Ch. Seraglini, *JCl. Droit international*, *Synthèse – Arbitrage international : instance arbitrale*, 13 mai 2019, § 45.

doit trancher le litige en toute indépendance exactement comme le ferait un juge et avec la même autorité, mais il est aussi un « être contractuel » : il est investi par les parties (ou indirectement par elles, *via* une institution ou un juge d'appui), d'une mission conventionnellement définie, s'agissant notamment des délais et des règles processuelles, *via* une rémunération convenue et qui en font un prestataire de services. Lorsque le cadre est institutionnel, le « contrat d'organisation de l'arbitrage »[43], parfois explicite bien que ne figurant pas dans un *instrumentum per se*, lie les parties au centre d'arbitrage chargé d'administrer la procédure et de faire l'interface avec le tribunal arbitral. Enfin, le contrat entre l'arbitre et le centre d'arbitrage, le contrat de collaboration arbitrale[44], l'acte de mission en principe signé par les arbitres et les parties est bien un document contractuel qui lie tous les protagonistes de la procédure, et même la fameuse « ordonnance de procédure n° 1 » qui est pourtant une « décision » procédurale mais que rend le tribunal arbitral consensuellement et au tout début de la procédure[45], participent de ce nœud de contrats.

14. – Pas si consensuel, l'arbitrage ? L'image « contractuelle » que véhicule l'arbitrage est celle d'une justice sur mesure, flexible et adaptée aux besoins des parties contractantes. Dans nombre de cas, le cadre procédural, plus encore dans un arbitrage *ad hoc* qu'un arbitrage institutionnel, est d'abord laissé (sous l'autorité toutefois du tribunal arbitral) à l'accord des parties, qui peuvent s'entendre, soit dans la convention d'arbitrage, soit plus tard en cours de procédure, pour façonner l'arbitrage : choix du tribunal arbitral et du nombre d'arbitres, choix (éventuel) d'un centre, de la langue, des règlements et lois applicables (au contrat, au litige, à l'arbitrage lui-même éventuellement), des délais, des contenus, de la forme et du nombre de mémoires, de l'administration de la preuve (écrite comme testimoniale), du préalable de la détermination des pièces nécessaires à la solution du litige, de la nécessité de plaider et/ou de tenir des audiences (en présentiel ou non), de la méthode de décision, en droit ou en amiable composition, du choix des modes de notification et communication, de l'existence même du principe des recours (en matière d'arbitrage international). Tous ces aspects procéduraux, sauf règles impératives, ne leur sont en principe pas imposés mais sont choisis, parfois négociés, en tout cas voulus par les parties. Pour autant, comme d'ailleurs en matière de technique contractuelle, il ne faudrait pas surestimer cette flexibilité et toutes ces règles supplétives. D'abord, parce qu'il convient de ne pas exagérer l'imagination des parties qui n'aiment guère, en général, sortir des sentiers battus et appréhendent le vide que peut donner cette liberté arbitrale pour parfois, soit utiliser des clauses d'arbitrage modèles (et qui ne sont que rarement discutées ou négociées)[46], soit pour reproduire, une fois le litige né, un schéma procédural qu'elles (en fait leurs conseils) connaissent déjà de leur propre culture juridique ou dans l'environnement juridique et judiciaire dans lequel s'insère l'arbitrage (ainsi influencé par le siège).

---

[43]CA Paris, 22 janv. 2010 : *JDI* 2010, p. 617, note Th. Clay, où la cour d'appel de Paris parle d'une « offre » pour « l'organisation de l'arbitrage ».

[44]V. *infra*, n° 868.

[45]V. *infra*, Encart 13, sous n° 208 .

[46]Ce qui explique qu'on la qualifie encore souvent de « clause de minuit », car insérée en toute dernière minute dans le contrat signé aux aurores. Sur la négociation d'une telle clause, V. P. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, 2010. 2010 ; pour les conseils de rédaction des clauses arbitrales, V. *infra*, n° 495.

C'est aussi ce que l'on a appelé la « judiciarisation » de l'arbitrage, qui implique aussi une forme de standardisation[47], aujourd'hui indéniable, mais renvoit aussi à une tendance à décalquer le modèle judiciaire. Sans oublier que, à défaut d'accord sur ces questions procédurales non stipulées dans la convention d'arbitrage, ce qui n'est pas rare, c'est le tribunal arbitral (parfois le centre d'arbitrage) qui les tranchera. Par ailleurs, au-delà de ces aspects pratiques et sur le plan des principes, on ne peut nier que l'autonomie de la volonté comme seule source et étalon de l'arbitrage reste très discutée. En droit interne français, on continue de soutenir, conformément à la théorie générale des obligations, que la volonté des parties serait dérivée de l'ordre juridique étatique qui seul autoriserait un tel recours à l'arbitrage[48] de telle manière que la « théorie de l'autonomie de la volonté », à supposer qu'elle ait véritablement régné, n'assure l'expression d'une volonté libre que dans la mesure des conditions de validité posées par la loi ou la jurisprudence, sans oublier que le droit des conventions d'arbitrage déroge très souvent à bon nombre de principes contractuels[49]. Enfin, sur le plan international, il peut arriver que le recours à l'arbitrage d'investissement résulte d'une obligation légale[50], alors qu'aucune véritable convention d'arbitrage n'existe ou qu'aucun contrat n'ait été conclu entre l'investisseur étranger et l'État hôte[51].

---

[47]G. Kaufmann-Kohler, *Globalization of Arbitral Procedure : Vand. J. transat'l L.* 2003, p. 1323, n° 36, p. 1313, spéc. p. 1323 (cette procédure étant un *melting pot* de règles, issues de divers systèmes juridiques, et qu'« il convient » de suivre dans la plupart des procédures) ; à ce sujet, V. *infra*, n° 928 ; V. ICCA Task Force on Standard of Practice in International Arbitration, 2020 (www.arbitration-icca.org/icca-task-force-standards-practice-international-arbitration).

[48]F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2019, n° 36.

[49]V. *infra*, Encart 12, sous n° 208. V. cependant CA Paris, 31 janv. 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 460, note N. Mayer-Fabre, où les juges du fond, s'appuyant sur la nature contractuelle de l'arbitrage, ont décidé d'appliquer la méthode d'interprétation des conventions définie dans le Code civil pour mesurer la portée d'une mention dans une sentence relative à des intérêts.

[50]J. Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 10 *ICSID L. Rev.* 232 (1995).

[51]G. Born, *Chapter 4 : Formation and Validity of International Arbitration Agreements*, in *International Arbitration : Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2e éd., 2015, p. 333, spéc. p. 511. – C. Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, Chap. 18, p. 682 et s.

L'arbitrage, l'autorité d'une institution juridictionnelle

15. – Une institution juridictionnelle qui dépasse les parties contractantes. Si l'assise de l'arbitrage et son fonctionnement sont donc éminemment conventionnels, son objet et ses effets le déplacent du domaine du contrat vers celui de la justice. On présente souvent l'arbitrage sous un angle alternatif ; la formule est connue, plus elle serait une justice, moins elle serait un contrat, et inversement, alors que les rapports entre ces deux logiques ont toujours été imbriqués et complémentaires. Mais on ne peut nier que, à partir du moment où les parties ont donné naissance à cette créature contractuelle qu'est l'arbitrage, celui-ci leur échappe nécessairement[52], au moins pour partie, en ce qu'elles le confient au tiers chargé d'en prendre soin : un tiers qui n'est pas un mandataire contractuel mais un « être juridictionnel »[53] incarnant la justice, bien que différente de la logique judiciaire étatique. L'arbitrage est en effet indéniablement une forme de justice *instituée* par les parties – d'où le terme, idoine, d'« institution » arbitrale – qui investissent l'arbitre d'une mission et d'un pouvoir juridictionnels, tel que l'expression a été consacrée à l'article 1464 du Code de procédure civile[54], lesquels se manifestent par deux éléments fondamentaux : l'arbitre tranche le litige qui lui est soumis et rend sur cette base une décision obligatoire qui s'impose aux parties[55]. D'ailleurs, on considère que l'existence d'une clause compromissoire dans un contrat n'est pas une simple question de « compétence » (répartition et division du travail judiciaire) mais pose la question de l'aptitude de la juridiction arbitrale à connaître du litige et donc de son pouvoir juridictionnel[56], qui est ôté[57] à tout juge étatique (et non pas juste judiciaire), ce qui explique que son défaut soit sanctionné par une irrecevabilité[58].

---

[52]Ce qui fait penser au poème de Khalid Gibran : « Vos enfants ne sont pas vos enfants. (…) Ils viennent à travers vous mais non de vous. Et bien qu'ils soient avec vous, ils ne vous appartiennent pas » (*Le Prophète* [1923], J'ai Lu, Poche, 2000).

[53]Th. Clay, *L'arbitre est-il un être normal ?*, in *L'exigence de justice : Mél. R. Badinter*, Dalloz, 2016, p. 225.

[54]V. égal. CPC, ancien art. 1466, qui parlait déjà de « pouvoir juridictionnel » et d'« investiture ».

[55]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 14.

[56]*Rép. proc. civ.* Dalloz, V° *Incompétence*, 2020, par P. Callé, spéc. n° 9 ; V. aussi C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 34e éd., 2018, n° 2302. – S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 188.

[57]Cass. 1re civ., 9 oct. 1990 : *RTD civ.* 1991, p. 603, obs. R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 348, obs. H. Croze et C. Morel.

[58]Cass. 1re civ., 15 avr. 1986 : *Bull. civ.* 1986, I, n° 87 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 53, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 723, obs. G. Couchez.

16. – Une autorité juridictionnelle. L'élément qui fait basculer un arbitrage, conventionnel dans son origine, dans la sphère juridictionnelle, est l'existence d'un « différend »[59] entre les parties – c'est-à-dire « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »[60] – que l'arbitre, avec un glaive juridictionnel similaire à celui d'un juge et selon les mêmes principes directeurs du procès[61], doit « trancher » selon le terme employé par les articles 1478 et 1511 du Code de procédure civile[62]. Dans ce vocabulaire, justement clair et tranché, et comme pour mieux marquer la solennité de la mission juridictionnelle, il est désormais bien plus question dans le Code de procédure civile de « tribunal arbitral » que d'« arbitre ». Car l'aboutissement et l'incarnation de ce processus sont bien la sentence qui bénéficie dès son prononcé de « l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche » (CPC, art. 1484), ce qui est aussi le propre d'une décision judiciaire et exclut désormais la transaction (V. *infra*, Encart 3, sous n° 20). D'ailleurs, parce qu'il est désormais plus encadré et plus formaliste, l'arbitrage, surtout institutionnel, se voit reprocher cette « juridictionnalisation » (V. *supra*, n° 14), même si celle-ci n'est pas en soi condamnable et peut aussi aboutir à améliorer son efficacité[63]. S'il y a bien un glaive juridictionnel, il est sans doute moins « tranchant » car plus souple que celui du juge étatique. Comme en matière de lutte contre des épidémies, la règle contraignante, comme une mesure sanitaire de confinement (ou de fermeture d'un lieu de sociabilité), guère populaire, est d'autant plus facilement mise en œuvre qu'elle a un degré d'acceptabilité élevée, mélangeant expertise, pédagogie et ce qui relève du raisonnable[64]. Au final, il est difficile de nier l'existence d'une « autorité »[65], qu'impose l'arbitre, par sa personnalité, sa légitimité ou parce qu'il a été choisi par les parties.

17. – Un tribunal, vraiment ? Malgré le vocabulaire utilisé par le Code de procédure civile et la forte similarité entre l'office de l'arbitre et celui du juge, les deux institutions, arbitre et juge, ne peuvent être assimilées : le premier, l'arbitre, dispose de la capacité de trancher un litige, ce que l'on désigne par la *juridictio*[66] dont découle la règle de l'autorité de la chose arbitrée, mais ne dispose pas de l'*imperium*, ce pouvoir de contrainte[67] permettant que la sentence rendue bénéficie automatiquement de la force exécutoire tirée de la puissance publique régalienne, ce qui l'empêche notamment

---

[59]Terme désormais largement consacré par le Code de procédure civile. Un débat existe sur le point de savoir si un arbitrage suppose un « différend » ou un « litige ». La différence reposerait sur le fait qu'un différend est banal – on peut avoir un différend entre voisins – tandis qu'un litige suppose un différend, présenté de manière articulée devant son adversaire et destiné à être tranché. Le terme « différend » dans le Code de procédure civile emprunte à ces deux logiques.

[60]CPJI, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, *Grèce* c/ *Grande-Bretagne : Rec. CPJI* 1924, série A, n° 2, p. 6-37, spéc. p. 11.

[61]Pour l'arbitrage interne, l'article 1464 du Code de procédure civile renvoie aux articles 4 à 10, au 1er alinéa de l'article 11, aux 2e et 3e alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.

[62]Th. Clay, *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2015, commentaire sur l'article 1478 du Code de procédure civile, p. 110.

[63]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., § 17.

[64]H. LLoyd, M. Darmon, J.-P. Ancel, L. Dervaird, Ch. Liebscher et H. Verbist, *Drafting Awards in ICC Arbitrations : Bull. CCI* 2005, vol. 16, n° 2, p. 19.

[65]A. Dimolista, *Sur l'« autorité » de l'arbitre*, in *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*, ss dir. L. Levy et Y. Derains, Pedone, 2011, p. 207.

[66]V. *Réflexions sur la jurisdictio de l'arbitre*, Actes de colloque, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, ss dir. L. Weiller : *Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 1.

[67]Ch. Jarrosson, *Réflexion sur l'imperium*, in *Études P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.

d'ordonner à un tiers à comparaître devant lui[68] ou qui suppose que les parties, pour permettre l'exécution forcée de la sentence, obtiennent d'abord l'*exequatur* de la sentence, via une ordonnance rendue par le président du tribunal judiciaire (V. *infra*, n° 1662). L'arbitre n'exerce pas non plus, à la différence du juge, une fonction permanente, sa mission étant encadrée par un délai conventionnel, et son pouvoir n'étant censé s'exercer qu'à l'égard des parties et non pas à l'égard des tiers. La force du pouvoir juridictionnel de l'arbitre se mesurera, et trouvera donc sa limite effective, à l'aune de la volonté des parties, loin de l'assise législative et constitutionnelle du pouvoir judiciaire. La somme de ces infirmités, qui peuvent être relativisées toutefois[69], a abouti à ne pas assimiler un tribunal arbitral, malgré son pouvoir juridictionnel, à une juridiction étatique, ni par la jurisprudence française[70] ni par celle de l'Union européenne[71], ce qui le rendrait inapte à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne[72], des questions prioritaires de constitutionnalité[73] ou à saisir pour avis une autre juridiction, la Cour de cassation ou une autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence par exemple. Enfin, l'arbitre n'est pas substituable à un autre arbitre, à la différence du « juge », considéré comme désincarné, y compris lorsque, dans le Code de procédure civile, il est fait allusion à un juge particulier, le président d'une juridiction par exemple. Il ne s'agit cependant pas de tel ou tel juge, précisément désigné, à la différence de l'arbitre, choisi par les parties pour toute une série de qualités qui lui sont reconnues, de telle manière qu'un arbitre ou un tribunal arbitral présente un caractère *intuitu personae* très marqué. C'est d'ailleurs ce qui justifie les questions posées en termes de constitution du tribunal arbitral, celle de l'indépendance et de l'impartialité, celle des sanctions de sa violation, *etc.*

---

[68]Si le « tribunal arbitral peut entendre toute personne » (CPC, art. 1467, al. 2), on comprend qu'il ne peut « entendre » de force un tiers. Ce qui se reflète également à l'article 1469 du Code de procédure civile qui prévoit une assignation devant le tribunal judiciaire pour forcer une partie ou un tiers à l'arbitrage à produire en justice une pièce ou un document.

[69]V. *infra*, n[os] 76 et 91 s.

[70]Cass. com., 28 juin 2011 : *Bull. civ.* 2011, IV, n° 111 ; *JCP* G 19 déc. 2011, n° 51, obs. J. Béguin, J. Ortscheidt et Ch. Seraglini.

[71]V. CJCE, 23 mars 1982, aff. C-102/81, *« Nordsee » Deutsche Hochseefischerei GmbH*, pts 10, 11 et 12.

[72]V. CJCE, 23 mars 1982, *« Nordsee » Deutsche Hochseefischerei GmbH*, préc.

[73]V. Cass. com., 28 juin 2011, préc., V. *infra*, n[os] 251 et 1327 s.

Les frontières de l'arbitrage

18. – Les institutions voisines et « alternatives » à l'arbitrage. Parfois bien éloigné du monde judiciaire, et même, comme on l'a vu, avec un pouvoir juridictionnel atténué, l'arbitrage tend à se rapprocher d'horizons alternatifs et plus consensuels. Comme tout contentieux, un litige arbitral est certes éminemment processuel (où le contradictoire est essentiel), mais son caractère « alternatif », à la justice étatique, le rapproche de bon nombre de modes de règlement des différends plus souples encore, parfois commodément regroupés sous l'acronyme « MARC », devenu l'équivalent français du terme anglais « ADR »[74]. On pense ici aux techniques de négociation transactionnelle[75], à la médiation[76], à la conciliation[77], à l'expertise[78] et plus récemment

[74]Le premier, MARC, désigne les « Modes alternatifs de règlement des conflits » (conflits et différends étant souvent entendus comme synonymes, parfois à tort ; V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis Droit », 2010, spéc. n° 71). Certains utilisent la formule MARL visant des « litiges » ou MARD, des « différends » (*cf.* N. Fricero et *al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends 2016/2017 (MARD)*, Dalloz, coll. « Guide », 2e éd., 2015), pour tenter de marquer une différence ; le second, ADR, désigne en anglais *Alternative Dispute Resolution*, lequel renvoie, notamment aux États-Unis, à une somme considérable de techniques destinées à régler la justice en dehors de tout procès judiciaire (la médiation, la négociation, *etc.*). L'arbitrage y est souvent assimilé. V. plus généralement N. Fricero et *al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends 2016/2017 (MARD)*, préc., spéc. nos 132.31 et 32.

[75]Qui s'articulent autour des articles 2044 et suivants du Code civil. Comp. : B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles*, Dalloz référence, 2014-2015, p. 15 et s. (sur la formation du contrat de transaction).

[76]Qui « s'entend de tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige » (CPC, art. 131-15, issu de Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011, art. 1er, et qui ne prévoit toutefois pas le cas où le médiateur est nommé par un centre d'arbitrage et/ou de médiation). La médiation conventionnelle n'est pas seulement codifiée (par les articles 121-1 et suivants et 1532 et suivants du Code de procédure civile), elle a aussi fait (et fait encore) l'objet de tentatives internationales pour adopter un corps de règles et une définition communes (V. l'article 1er [3] de la « Loi-type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale » de 2002 qui la définit comme une « procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport ».

[77]Comme le prouve le texte même de la loi-type de la CNUDCI, il s'agit d'un terme parfois confondu avec la médiation (le législateur confondant lui-même, parfois involontairement, les deux notions ; V. par ex., CPC, art. 1530 et 1531), même s'il est possible de dire que la médiation a le plus souvent un caractère purement contractuel et privé (le médiateur étant un particulier choisi par les parties, tandis que la conciliation se retrouve plutôt dans un cadre législatif (et parfois imposé) et judiciaire (c'est le juge qui interviendra comme conciliateur) : selon nous, toute forme de médiation « imposée », d'une manière ou d'une autre (sauf par les parties elles-mêmes par exemple par le biais d'une clause de médiation préalable), n'est plus de la médiation, mais davantage de la conciliation. On retrouve la conciliation désormais expressément consacrée en termes généraux aux articles 128 et suivants du Code de procédure civile, mais qui existe déjà depuis longtemps, notamment en droit de la famille (CPC, art. 252), des procédures collectives (C. com., art. L. 611-6).

[78]Procédure par laquelle les parties, parfois *via* un centre d'arbitrage (par ex., la CCI dispose de trois « Règlements

à la procédure dite « participative » ou « conventionnelle »[79]. Il s'agit de modes de règlements de litiges qui ont pour l'essentiel traversé des siècles d'histoire du droit français pour connaître un véritable succès et même une véritable consécration, *via* la très ambitieuse loi dite « Justice du XXIe siècle » adoptée en 2016[80], et qui sont devenus omniprésents dans notre système juridique depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019[81] de réforme pour la justice qui aspire à développer la culture du règlement alternatif des différends dans le contentieux français. D'ailleurs, on remarque que ce recours aux MARC s'est énormément développé notamment pour les infractions mineures, représentant environ 30 % des cas résolus en justice[82]. *In fine*, la même question se pose aux litigants : quelles options « alternatives » s'offrent à ceux qui souhaitent éviter la voie du procès judiciaire ?

19. – L'intervention volontaire et voulue d'un tiers. De nombreux traits communs caractérisent les MARC et il est indéniable que cet ensemble commun tend à attraire vers lui l'arbitrage qui se laisse parfois, au moins en apparence, aspirer dans cette catégorie. Qu'il s'appelle arbitre, médiateur, conciliateur, ou expert, ce tiers est peu ou prou, au moins dans l'imaginaire des profanes et même de certains juristes, peu au fait des techniques de règlement des litiges, le même type d'intervenant, marqué par son indépendance et son impartialité par rapport aux parties au litige qu'il contribue à « régler » (au sens large). L'arbitrage, la médiation, la conciliation, la procédure participative et, dans une moindre mesure, l'expertise, ont d'abord ceci en commun qu'ils cherchent en effet à éviter le système judiciaire en faisant intervenir un tiers neutre, voulu et/ou choisi par les parties, soit directement, soit par le biais d'une institution qui encadre le processus. On ne trouve d'ailleurs guère plus aujourd'hui de centres d'arbitrage dont la palette des services proposés ne comprend pas aussi bien l'administration d'un arbitrage que la gestion d'une médiation[83], avec la coexistence

---

des experts » de 2014, sans parler des *Dispute Board Rules* de 2015), s'en remettent à un expert pour donner un avis d'ordre technique scientifique, juridique ou financier notamment, comme par exemple apprécier la valeur, parfois litigieuse, d'un bien. On pense notamment à l'article 232 du Code de procédure civile pour l'expertise judiciaire mais surtout à l'article 1592 du Code civil (évaluation par un tiers expert chargé d'« estimer » un prix pour parfaire une vente) qui a, fort opportunément, fait l'objet d'un toilettage terminologique (*via* la loi « Justice du XXIe siècle ») pour supprimer la référence impropre à l'« arbitrage ». Ces estimations d'expert pouvant justement faire parfois l'objet d'arbitrages, rajoutant un peu plus à la confusion apparente, notamment quand il est question d'« expertise obligatoire » ou d'arbitrage dit « contractuel » ; V. à titre d'exemple : Cass. 1re civ., 2 déc. 1997 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 334 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 332, note D. Randoux ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 144, note J.-J. Daigre ; *Rev. arb.* 1999, p. 249. – Cass. 1re civ., 15 déc. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 435, note J. Billemont. – Cass. 2e civ., 19 févr. 2015, n° 14-13.716 : *Rev. arb.* 2015, p. 281. *Adde*, L. Simont, *Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil*, in *Mél. offerts à P. van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 261, spéc. p. 273.

[79] C. civ., art. 2062 et s. et CPC, art. 1542 et s., désormais visée comme étant la procédure conventionnelle.

[80] L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 (et plus récemment D. n° 2017-892, 6 mai 2017, portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, qui modifie notamment le régime de certains MARC) ; V. à ce propos : Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle » : JCP* G 2016, 1295, p. 2219.

[81] L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

[82] L. Viaut, *Le droit des modes alternatifs de règlement des conflits peut-il être une discipline juridique autonome ? : LPA* 11 juin 2020, n° 153s7, p. 9 ; pour un tour d'horizon pratique des vertus de la médiation, V. *Médiation et performance économique*, étude réalisée ss dir. V. Lasserre : *JCP* E 4 févr. 2021, n° 5, 1059, p. 26.

[83] La CCI dispose de son « Centre ADR » et d'un règlement de médiation spécifique (2014), qui a remplacé un règlement générique « ADR », autrefois applicable à tous les MARC ; la LCIA (Londres) dispose aussi d'un règlement de médiation (2012) ; aux États-Unis, l'AAA/ICDR dispose d'un règlement sur la médiation (2014) ; en Asie, le HKIAC (Hong Kong) et le SIAC disposent aussi d'un centre dédié, d'une liste de médiateurs et d'un règlement spécifique : respectivement le HKMC (et un règlement de médiation de 1999) et le SIMC (et un règlement plus jeune de 2014).

fréquente de deux jeux de règlements correspondant à chaque technique et des renvois entre chaque type de règlement[84]. Bien que d'une mise en œuvre délicate, les techniques dites de *Med-Arb* ou *Arb-Med*, où les deux procédures s'entremêlent, ont également le vent en poupe[85]. Il n'est pas rare aussi de voir le déroulement de certaines médiations dupliquer une instance arbitrale[86], un peu comme certains arbitrages, même internationaux, imitent artificiellement le cadre strict et judiciaire d'un procès interne géographiquement proche. Enfin, la recherche de l'adhésion des parties et de décisions procédurales[87] reposant sur leur volonté commune continue à innerver l'arbitrage et sa gestion. Cela reste vrai, à travers l'histoire et l'espace, et a pu contribuer à rendre floue la distinction entre arbitrage et médiation : après tout, comme le médiateur censé rapprocher les parties, l'arbitre[88] tire sa légitimité de ces dernières en privilégiant souvent une approche consensuelle – ou du moins qui contrarie le moins – dans le choix de règles procédurales[89], voire dans l'issue du litige[90]. On pense aussi aux cas où l'arbitre est conduit à décider en équité plutôt que d'appliquer strictement les règles de droit[91], voire qu'il lui soit demandé de rendre une « sentence d'accord-parties »[92]. De nombreuses caractéristiques font ainsi apparaître l'arbitrage comme une procédure « collaborative » : l'attachement persistant de nombre de praticiens à la faculté de nommer « son » arbitre plutôt que de le voir « imposé » par un juge ou un centre d'arbitrage[93], la priorité donnée par les parties pour s'accorder sur un président d'un tribunal arbitral plutôt que de « risquer l'aléa » d'une désignation judiciaire ou

---

[84]En France, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, est sans doute le centre le plus avancé en la matière, puisqu'il est dédié à l'arbitrage et la médiation (V. www.cmap.fr). D'autres centres tels que la CCI et la LCIA ont également développé des règlements spécifiques à la médiation (dont les dossiers ne dépassent par la centaine). Il existe aussi des centres tels que le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI), établi à Genève en 1994, et l'Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation (IEAM) dont un volume conséquent d'affaires est constitué de médiations. Idem aux États-Unis, pour l'AAA et JAMS.

[85]V. R. Arlabosse, *« MED ARB » vous avez dit « MED ARB » ? : CNB, Blog des Avocats* 13 juin 2019 ; V. le Protocole Med-Arb-Med des centres SIAC et SIMC mis en place en 2014 à Singapour (*AMA Protocol*).

[86]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., p. 19 ; par ex., le règlement de médiation de la Chambre de commerce internationale ; V. aussi le règlement de médiation du CMAP.

[87]On pense notamment à la fameuse ordonnance de procédure n° 1 rendue très tôt par le tribunal arbitral pour définir les règles procédurales qui dicteront la conduite de l'arbitrage : très souvent, avant de l'émettre et bien qu'il s'agisse d'une décision, le tribunal soumettra le projet aux parties pour commentaire, voire approbation (V. *infra*, n° 208).

[88]Qui a aussi la « mission », indirecte, de concilier les parties : V. CPC, art. 21 relatif à la procédure civile et applicable à l'arbitrage interne par renvoi de l'article 1464 du même code : V. plus généralement : K. Peter Berger et J. Ole Jensen, *The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement : Fordham Int. Law J.* 2017, vol. 40, Issue 3, p. 886.

[89]De nombreux praticiens ont confirmé que la diffusion d'un premier projet de PO1 auprès des parties, avant la première conférence de procédure, serait la manière la plus efficace de procéder dans de nombreux cas. Cela donne aux parties et au tribunal des dispositions définitives pour discuter et clarifier les attentes du tribunal. Une variante consiste à faire un projet de PO1 avec les « éléments essentiels » de la procédure, mais invite à faire des suggestions des parties sur d'autres questions qui pourraient influencer la procédure, à savoir le calendrier de présentation des mémoires, les modalités de présentation de la preuve… (V. IBA Arb40 Subcommittee, *Compendium of arbitration practice*, oct. 2017, p. 9).

[90]R. Posner, *How judges think*, Harvard University Press, 2008, p. 127 où il est soutenu que « les tribunaux et les jurys sont plus susceptibles d'adhérer au droit que les arbitres, et plus enclins à couper la poire en deux et, ce faisant, à réduire le montant des dommages et intérêts ».

[91]CPC, art. 1478 pour l'arbitrage interne.

[92]V. par ex., Règl. CCI (2021), art. 33 ; Règl. CNUDCI (2010), art. 36 ; à ce sujet V. *infra*, n° 1407.

[93]J. Paulsson, *Moral Hazard in International Dispute Resolution : ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* Fall 2010, vol. 25, Issue 2, p. 339.

institutionnelle unilatérale, les dynamiques au sein d'un tribunal arbitral dont la délibération peut parfois s'apparenter à une véritable médiation « interne » et dont la sentence se veut parfois la plus consensuelle possible entre des arbitres soucieux d'éviter une opinion dissidente, *etc.* ; tous ces aspects conduisent parfois à gommer des frontières que l'on pense (trop) souvent théoriquement étanches et claires entre arbitrage et autres formes de MARC. Enfin, les clauses contractuelles de règlement des litiges, qui prévoient de plus en plus un règlement graduel du litige, en imposant une médiation préalable, se voient reconnaître une force obligatoire aussi contraignante que le recours à l'arbitrage[94], tandis que les rédactions approximatives de certaines clauses rendent parfois difficile le départ entre l'intention de recourir à l'arbitrage ou à d'autres modes de règlement des litiges, comme la médiation ou l'expertise[95] (pour une tentative synthétique de départage sous forme de tableau, V. *infra*, n° 20).

20. – Arbitrage ou médiation : des institutions et des logiques bien différentes. Malgré donc d'indéniables similitudes, convergences ou même confusions, la médiation – sans doute la reine de tous les MARC – ne doit pas pouvoir être confondue avec l'arbitrage. Seul l'arbitre dispose d'un pouvoir juridictionnel et rend une décision – la sentence arbitrale – obligatoire vis-à-vis des parties et jouissant donc de l'autorité de la chose jugée. Le médiateur (parfois appelé *neutral* en anglais)[96], quant à lui, n'a pas le moindre pouvoir juridictionnel et ne rend pas de « décision ». Son rôle est de rapprocher les parties et de les aider à trouver des solutions consensuelles en dehors du procès, « plutôt que de trancher les conflits »[97] comme le fait l'arbitre. La médiation, comme la plupart des MARC, a donc pour (parfois seule) finalité la conclusion d'une transaction – c'est-à-dire l'extinction du litige moyennant des concessions réciproques comme l'exigent les articles 2044 et 2052 du Code civil, ce qui n'est pas le cas de l'arbitrage. Selon la formule consacrée, l'objectif du tiers médiateur est donc d'organiser un processus informel *pour transiger*, plutôt que d'imposer un procès formel *pour décider*, ce qui explique que le droit processuel, au premier rang duquel figurent les droits de la défense, ne s'impose en principe pas dans une médiation où le médiateur peut même s'entretenir, pour plus d'efficacité, avec chacune des parties séparément[98] : le propre d'une médiation (efficace ?) serait justement d'échapper à toute contrainte juridique, d'être en dehors du droit au sens formel. Certes, le médiateur peut se voir confier un rôle plus actif et aller jusqu'à préparer ou proposer une solution aux parties, ce qui fera d'ailleurs de lui plus un conciliateur, mais sans que, là encore,

---

[94]Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-24.179. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003 : *D.* 2003, 1386, et les obs., note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* 2480, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 349, obs. R. Perrot. Une prétention soumise au juge prématurément et en violation d'une telle clause de médiation préalable est par conséquent irrecevable, quelle que soit la nature de l'instance judiciaire : Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920 : *Dalloz actualité*, 17 oct. 2014, obs. X. Delpech ; *D.* 2014, 2004 ; *ibid.* 2541, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2015, 287, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1339, obs. A. Leborgne ; *AJDI* 2015, 442, obs. F. Cohet ; *RTD civ.* 2015, 131, obs. H. Barbier ; *ibid.* 187, obs. P. Théry. – CA Paris, 28 juin 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 1158, note J. Barbet. – CA Paris, 4 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 143, note F.-X. Train.

[95]Sur les questions et les conseils de rédaction de clauses pour éviter des cas pathologiques, V. *infra*, n° 495.

[96]V. Dir. 2008/52/CE, 21 mai 2008, art. 3 : « Tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener ».

[97]E. Loquin, *Arbitrage – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients : JCl. Procédure civile*, n° 1005, pt 67 ; du même auteur : *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., 2015, § 6.

[98]R. Guillaumond, *Sur la conciliation interne et internationale : JCP* CI 1983, n° 14021.

elle ne puisse s'imposer à elles[99], ce qui lui ôte donc la valeur juridictionnelle que revêt une sentence. Ce souci de distinguer clairement les deux sphères, contractuelle et juridictionnelle, est d'ailleurs partagé par le législateur français, lequel a modifié le régime juridique de la transaction pour lui ôter toute « autorité de la chose jugée »[100]. Par ailleurs, être médiateur exige bien plus d'autres qualités qu'une maîtrise juridique (ou technique) : une capacité d'écoute considérable, une philosophie tournée vers l'action et la solution (plutôt que vers une logique binaire raison/tort), beaucoup de réactivité et une pression du temps[101]. Ce à quoi n'est pas vraiment soumis l'arbitre qui dispose souvent du luxe du temps, y compris celui de la réflexion, du recul et de la posture (celle de « siéger » et trancher plutôt que de résoudre). Pour finir, même si l'on présente la médiation et l'arbitrage comme deux mécanismes très proches, voire confondus, et même si nombreux sont ceux qui se présentent comme pouvant aussi bien agir comme arbitre que comme médiateur, il s'agit de deux milieux qui ne se confondent pas et impliquent des acteurs au profil très différent. La médiation, qui reste toujours plus promue par le législateur[102], continue à rencontrer des obstacles à son essor qu'elle finirait par envier les critiques faites à l'arbitrage. Les praticiens y voient encore trop souvent du « temps perdu » alors que, même dans les rares cas où elle n'aboutit pas, elle permet de donner de la visibilité à un dossier en obligeant les protagonistes à mieux préparer leurs positions juridiques, trop souvent expédiées en amont, et à anticiper celles de leurs adversaires dans un arbitrage à venir. On a sans doute tort d'opposer ces deux créatures de l'autonomie de la volonté que sont l'arbitrage et la médiation : comme par le passé où Victor Hugo enseignait déjà dans *Les Misérables* que « Tout n'est pas dit quand un code a parlé », l'avenir est aussi à la complémentarité des deux mécanismes, et à une place croissante pour la seconde, ce que la Convention des Nations unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (Convention de Singapour sur la Médiation) du 20 décembre 2018[103], qui fait écho, y compris dans sa structure, à la Convention de New York de 1958, semble annoncer[104]. Au final, il n'est pas inutile de récapituler les différents MARC et leurs divergences, en ce compris l'arbitrage.

---

[99]V. l'article 1er (3) *in fine* de la loi-type CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation de 2018 : le médiateur « n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige ». De plus, la CNUDCI a travaillé depuis 2014 sur l'élaboration d'un instrument, plus ambitieux que cette loi-type, relatif à l'exécution de transactions commerciales internationales issues d'une médiation, ce qui a permis d'aboutir à la conclusion le 20 décembre 2018 de la Convention des Nations unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, dite « Convention de Singapour sur la Médiation ».

[100]L'ancien article 2052 du Code civil (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1547) prévoyait en effet : « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». L'article dispose désormais : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

[101]Le temps d'une médiation (quelques jours, parfois des semaines, plus rarement quelques mois) n'est pas le temps de l'arbitrage (parfois moins d'un an, plus fréquemment deux/trois ans).

[102]Depuis le 1er janvier 2020, avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, la médiation est devenue l'un des moyens amiables « obligatoires » à l'accès au système judiciaire pour certains types de litiges. Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a fixé le montant des litiges concernés à 5 000 €.

[103]Adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies n° 73/198 du 20 décembre 2018 et que plus de cinquante pays, dont, les États-Unis et la Chine, ont signée le 7 août 2019 à Singapour. La Convention entre en vigueur six mois à compter du dépôt de trois instruments de ratification. Le 12 mars 2020, le Qatar était le troisième pays à déposer son instrument de ratification de la Convention de Singapour sur la médiation. En conséquence, la convention est entrée en vigueur le 12 septembre 2020.

[104]V. C. Asfar-Cazenave, *La convention de Singapour sur la médiation : RDAI/IBJL* 2020, n° 1, p. 47 ; V. égal. C. Devaux, *Entrée en vigueur de la Convention de Singapour : de nouveaux horizons pour la médiation*

Encart 3

Tableau de synthèse : comment distinguer les différents modes de règlement des différends ?

CRITÈRES	MÉDIATION	CONCILIATION	PROCÉDURE PARTICIPATIVE	NÉGOCIATION TRANSACTIONNELLE	EXPERTISE	ARBITRAGE
Nécessité d'un litige	**Non** peut concerner un différend non juridique	**Oui** car devant le juge	**Non** possible recours au « technicien »	**Oui**	**Non** recours à un avis technique sans même divergence	**Oui**
Intervention d'un tiers	**Oui** (personne privée)	**Oui** (magistrat)	**Non** mais recours possible à un « technicien »	**Non** processus bilatéral impliquant les seules parties	**Oui** personne privée	**Oui** personne privée
Cadre nécessairement judiciaire	**Non**	**Oui**	**Oui en principe** mais possible saisine aussi d'un arbitre	**Non** homologation de la transaction, non nécessaire, a pour seul effet de lui conférer force exécutoire	**Non** (CPC, art. 232 mais peut être désigné dans un arbitrage)	**Non**
Régie par un cadre juridique	**Non**	**Non** sauf pour en	**Oui** C. civ., art. 2062	**Oui/Non** seuls les articles 2044	**Non**	**Oui** C. civ., art. 205

commerciale internationale : JDI 2020, doctr. 8, p. 875. – V. Giorgadze, *Dispute Resolution Clauses and the Enforcement of International Mediated Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation : TDM* nov. 2020.

CRITÈRES	MÉDIATION	CONCILIATION	PROCÉDURE PARTICIPATIVE	NÉGOCIATION TRANSACTIONNELLE	EXPERTISE	ARBITRAGE
précis et strict	cadre informel	imposer le principe, pour certains litiges	et s. et CPC, art. 1542 et s.	à 2052 du Code civil régissent le contrat	CPC, art. 263 à 284-1	9 à 2061 et CPC, art. 1442 et s.
Nécessité d'une convention au départ	**Non** participation suffit, v. toutefois CPC, art. 131-1 s.	**Non** participation suffit	**Oui**	**Non** participation suffit	**Non** peut être désigné par un juge ou arbitre	**Oui** doit être en principe écrite
Recherche d'un accord transactionnel à l'issue du processus	**Oui**	**Oui**	**Oui**	**Oui**	**Non**	**Non**
Caractère obligatoire de la « décision » rendue	**Non**	**Non**	**N/A** Non, quand le « technicien » propose	**N/A** La transaction n'a plus expressément l'autorité de la chose jugée mais peut être homologuée	**Non** pas de décision, mais un avis ou rapport qui évalue / apprécie	**Oui** seule la sentence jouit de l'autorité de la chose jugée (ACJ)
Force obligatoire de l'accord qui en résulte	**Oui** s'il s'agit d'une transaction	**Oui** si transaction	**N/A** Non quand le « technicien » propose	**Oui** (mais la transaction n'a plus expressément l'autorité de la chose jugée)	**N/A**	**Oui** Mais une procédure d'*exequatur* est nécessaire pour

CRITÈRES	MÉDIATION	CONCILIATION	PROCÉDURE PARTICIPATIVE	NÉGOCIATION TRANSACTIONNELLE	EXPERTISE	ARBITRAGE
						obtenir son exécution forcée
Nécessité d'une décision mettant fin au processus	**Non**	**Oui** ordonnance de conciliation ou de non-conciliation	**Non**	**Non**	**Oui** seule la « décision » dessaisit l'expert	**Oui** seule la sentence dessaisit le tribunal arbitral

Les origines de l'arbitrage

21. – Histoire de l'histoire. Si l'arbitrage, en tant que tel, fascine et génère une littérature sans doute disproportionnée par rapport à sa place véritable, à la fois dans la société, et comparée à d'autres pans au moins aussi importants du droit, il faut reconnaître que l'histoire de l'arbitrage a également suscité, surtout depuis la fin du XX^e^ siècle, tout comme d'ailleurs son étude sociologique, une littérature considérable et une réelle effervescence[105]. C'est que, en réalité, la clause compromissoire est une institution contractuelle qui n'est sans doute pas si ancienne[106], à propos de laquelle, en tout cas, les juristes n'ont commencé à se pencher que récemment[107]. Si certains la font remonter à l'époque des premiers contrats d'assurance maritime[108], il est tout de même possible d'appliquer *a fortiori* à la clause arbitrale la remarque faite à propos de l'arbitrage[109] et selon laquelle l'origine de l'institution demeure jusqu'à aujourd'hui inconnue[110], certainement beaucoup plus lointaine.

---

[105]V. S. Lafont, *L'arbitrage en Mésopotamie : Rev. arb.* 2000, p. 557. – C. Jallamion, *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^e^ au XIX^e^ siècle : Rev. arb.* 2005, p. 3 ; *La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage*, Partie I et II : *Rev. arb.* 2015, p. 740, p. 1037 ; V. égal. : D. Roebuck, *Sources for the History of Arbitration : A Bibliographical Introduction : Arb. Int.* sept. 1998, vol. 14, Issue 3, p. 237. – M. Mustill, *The History of International Commercial Arbitration – a Sketch*, in *Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration* (L. Newman & R. Hill éd.), p. 3, Juris, 3^e^ éd., 2014. – S. Brekoulakis, *The Historical Treatment of Arbitration under English Law and the Development of the Policy Favouring Arbitration : Oxford Journal of Legal Studies* 2019, vol. 38, Issue 1, p. 1-28.

[106]V. en ce sens : L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^e^ éd., 2020, n° 2011, qui parle de « relative nouveauté » de la clause compromissoire ; ailleurs, notamment aux États-Unis, on sait que la clause compromissoire a très tôt été utilisée, dans la pratique des chambres de commerce de l'époque coloniale (*cf.* en ce sens : Metschikoff, *Commercial Arbitration*, 61 Colum. L. Rev. 846, 854-55 [1961]) et à l'époque postrévolutionnaire américaine ; V. *infra*, n° 186.

[107]Si sa pratique y est antérieure, « c'est de la première partie du XIX^e^ siècle que date (…) la question de la clause compromissoire » (L. Favier, *De la clause compromissoire*, thèse de doctorat, LGDJ, Paris, A. Rousseau, p. 101).

[108]R. Rodière, *Assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983, n° 197 : « Historiquement, les contrats d'assurance maritime furent les premiers à comporter une pareille clause » ; ce qui, bien entendu, ne date pas de l'adoption du Code de commerce et de son ancien article 332 autorisant expressément le recours à la clause d'arbitrage dans ce domaine, puisque les contrats d'assurance maritime existaient bien avant 1807, année de l'entrée en vigueur du Code de commerce ; en se rattachant à cette théorie maritimiste, il est donc difficile de dater l'apparition de la clause compromissoire ; V. cependant *Traité du droit des assurances*, t. 3, *Contrat d'assurance*, ss dir. J. Bigot, LGDJ, 2002, spéc. n^os^ 2 et 3 : si, pour la plupart des historiens, l'assurance maritime a pour origine le prêt de grosse, l'assurance maritime ne prendra son véritable essor qu'au XVI^e^ siècle ; on sait cependant qu'une ordonnance royale de 1681 validait, de façon « exceptionnelle », la clause d'arbitrage dans ce type de contrats (en ce sens : L. Favier, *De la clause compromissoire*, préc., p. 70-71) ; ce qui démontre que la pratique compromissoire existait au moins à partir du XVII^e^ siècle.

[109]Ch. Jarrosson, *Rapport de synthèse*, in *L'arbitrage en question (chefs d'entreprises, comment organiser le règlement de vos litiges ?)*, coll. du « Centre de droit des affaires de Rennes », 21 mai 1999 ; *CDE* 1999, n° 3, p. 34.

[110]En ce sens : L. Favier, *De la clause compromissoire*, préc., p. 48 qui affirme « le rôle du pacte compromissoire est

22. – Le mode de justice le plus ancien ? Si l'état actuel de l'arbitrage, interne et international, en droit français, tel qu'il résulte d'un décret de 2011, semble aujourd'hui relativement stabilisé, il résulte en fait d'une longue histoire, d'une succession de modèles, ou d'expériences, en France, en Europe ou ailleurs qui ont conduit à la notion d'arbitrage telle qu'on la connaît aujourd'hui, c'est-à-dire à l'expression d'une volonté de soumettre un litige à des juges privés, comme alternative à des juges « étatiques » ou du moins, ordinaires[111]. L'idée même d'une justice alternative à une justice étatique suppose, par hypothèse, qu'une justice « étatique » existe et soit institutionnalisée, et donc qu'un État préexiste et organise cette justice, alors que la notion même d'État est, d'un point de vue historique, relativement récente. D'où l'idée au contraire, parfois exprimée, que ce serait la justice étatique qui aurait pris modèle sur des formes de justice privée, notamment arbitrale[112], idée aujourd'hui nuancée[113]. Les origines de l'arbitrage sont cependant si profondes qu'elles épousent les formes les plus anciennes de droit écrit connues. Ainsi, en Mésopotamie, à Babylone, deux mille ans avant Jésus-Christ, des litiges commerciaux auraient été jugés par des juges choisis par les parties[114], de même que dans la Grèce antique[115] ou encore en droit romain[116], sous diverses formes dont toutes ne correspondent pas nécessairement à l'idée d'arbitrage. La « même histoire » se retrouve dans d'autres civilisations anciennes, comme celles issues de la religion hébraïque[117], de l'Islam[118], ou même celles venues d'Extrême-Orient[119]. En toute hypothèse, l'engouement récent pour l'histoire du droit de l'arbitrage fait apparaître, très tôt, l'idée d'une forme de traitement diversifié des litiges entre juge « officiel » et juge alternatif, choisi par les parties.

23. – L'éclosion du Moyen Âge. En France, c'est dans l'Ancien droit que se précise plus exactement le mécanisme de l'arbitrage, notamment durant le Moyen Âge au moment du développement des villes, des marchés, des échanges[120]. Assez logiquement, alors, les diverses communautés marchandes, bourgeoises, corporatives, ecclésiastiques envisagent des modes particuliers de règlement des litiges, dont celui de l'arbitrage, afin d'obtenir un traitement rapide (le temps des foires) pacifique et accepté des différends et sans recourir aux méandres des juridictions officielles. Se

---

encore, historiquement, mal déterminé » ; même si l'auteur, citant des sources précises, constate que l'usage de la clause compromissoire « apparaît assez nettement (…) dans l'organisation première des tribunaux ecclésiastiques et consulaires » et notamment dans l'Italie marchande de la fin du Moyen Âge ; et il s'agissait alors d'insérer la clause compromissoire dans les statuts de sociétés, pratique qui allait être importée d'Italie et devenir obligatoire en France par une ordonnance de 1673 transformant l'usage en arbitrage forcé.

[111] *Cf.* E. Loquin, *Arbitrage, aperçu historique, aperçu de droit comparé : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1010, 2013, § 1 et s. ; V. égal. E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., Lextenso, 2015, n° 25.

[112] V. F. de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Paris, 1926.

[113] V. C. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 1130.

[114] V. S. Lafont, *L'arbitrage en Mésopotamie : Rev. arb.* 2000, p. 557.

[115] J. Velissaropoulos-Kakarostas, *L'arbitrage dans la Grèce antique, époque archaïque et classique : Rev. arb.* 2000, p. 9.

[116] B. de Loynes de Fumichon et M. Imbert, *L'arbitrage à Rome : Rev. arb.* 2003, p. 26.

[117] F.-X. Licari, *L'arbitrage rabbinique : entre droit talmudique et droit des nations : Rev. arb.* 2013, p. 57, spéc. p. 62 ; pour une illustration jurisprudentielle de l'interaction entre arbitrage et religion juive en droit positif français, V. Cass. 1re civ., 10 juill. 2013, n° 12-25.535, *Consistoire israélite de Marseille*, inédit.

[118] A. H. El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, 1988, spéc. p. 15 et s.

[119] V. par ex. F. Constant, *L'arbitrage en Chine, des Ming (1368-1644) jusqu'à nos jours : Rev. arb.* 2013, p. 3, spéc. p. 4. – M. Moser, *Arbitration in Asia*, Juris Publishing, 2e éd., 2008, p. XXI ; *Dispute Resolution in China*, M. Moser (éd.), Juris Publishing, 2e éd., 2020.

[120] Y. Jeanclos, *La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècles : Rev. arb.* 1999, p. 477. – S. Dauchy, *Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique : Rev. arb.* 1999, p. 763. – A. Lefebvre-Teillard, *L'arbitrage en droit canonique : Rev. arb.* 2006, p. 5.

développent alors des modes juridictionnels alternatifs, organisés ou non en tribunaux, et rendant une sentence ou un jugement, qui est obligatoire au moins au début, en raison de la pression sociale qui s'exercerait sur le membre de la communauté qui refuserait de l'exécuter. Naissent de ces procédés originaux deux institutions. La première est celle des juridictions consulaires, ancêtres des tribunaux de commerce. La seconde est constituée de la « juridiction » arbitrale souvent institutionnelle, au sens où l'on considère ce terme aujourd'hui, favorisant ce faisant l'éclosion d'un droit mi-coutumier, mi-jurisprudentiel. Toutefois, l'arbitrage n'est pas réservé à ces hypothèses et bien des arbitrages, par exemple dans les communautés ecclésiastiques ou nobles, s'organisent sur d'autres thèmes, patrimoniaux ou familiaux, favorisant tout à la fois le développement de l'institution arbitrale et la « profession » d'arbitre[121], mais également des pratiques, l'exercice d'un compromis, l'arbitrage « en droit » ou comme « amiable compositeur »[122], la sentence, éventuellement homologuée.

24. – Hier comme aujourd'hui, le développement de l'arbitrage emporte des réactions de deux types : la faveur laissée à l'arbitrage par le pouvoir politique, ou au contraire la méfiance qu'il pourrait inspirer, réaction qui est directement corollaire de la confiance ou de la défiance dans laquelle le pouvoir politique tient les juridictions judiciaires[123]. Les relations, parfois complexes, entre le pouvoir royal et les juges aboutissaient à favoriser l'arbitrage, voire à imposer l'arbitrage dans certaines situations. Un édit de 1560 de François II, confirmé par une ordonnance de 1566, rendait ainsi obligatoire l'arbitrage dans les litiges entre marchands pour « faits de leur commerce » et en matière familiale s'agissant des partages de succession, des comptes de tutelle ou des restitutions de dot, désignés comme un « arbitrage forcé ». L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre, l'une des grandes ordonnances de Colbert, confirmait cette situation et y ajoutait l'arbitrage obligatoire dans les litiges entre associés (qui demeura d'ailleurs dans le Code de commerce jusqu'en 1846)[124].

25. – Arbitrage et droit révolutionnaire. Quand bien même l'institution de l'arbitrage emportait de grandes réserves au sein des parlements d'Ancien Régime, qui y voyaient, justement, une concurrence à leur justice, la Révolution, en réaction avec les pratiques de résistance au pouvoir royal que ces parlements assuraient de manière presque institutionnelle, vit naître des conceptions favorisant l'État, nettement en défaveur de l'arbitrage. Pourtant, dès le départ, la Révolution, qui allait emporter toutes les institutions de l'Ancien Régime, accordait à l'arbitrage, sans doute en raison de la conception individualiste et raisonnée que promeut l'institution arbitrale, une large faveur. Ainsi, les premières constitutions promouvaient l'arbitrage au rang de principe essentiel, sinon constitutionnel[125]. Il en résultait d'ailleurs une « passion pour

---

[121] J. Bart, *La Lex Mercatoria au Moyen Âge, mythe ou réalité ?*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle : Mél. Ph. Kahn*, Trav. CREDIMI, vol. 20, LexisNexis, 2000, p. 9.

[122] A. Lefebvre-Teillard, *Arbiter, arbitrator seu amicabilis compositore : Rev. arb.* 2008, p. 369.

[123] *Cf.* C. Jallamion, *Arbitrage et pouvoir politique : Rev. arb.* 2005, p. 3. *Adde*, J. Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e-XVIII^e siècles) : Rev. arb.* 2000, p. 187.

[124] La possibilité de prévoir une clause compromissoire en matière commerciale, comme alternative à la compétence des tribunaux de commerce, a été maintes fois renvoyée d'un texte à l'autre, pour finir aujourd'hui à l'article L. 721-3 du Code de commerce.

[125] L'article 1^er du décret des 16 et 24 août 1790 réformant l'organisation juridictionnelle disposait ainsi : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis », tandis que la Constitution du 3 septembre 1791 proclamait que « le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif », substituant même le terme « arbitre public » à celui de « juge », dans la Constitution de 1793 puis dans celle de

l'arbitrage »[126], un principe général d'arbitrabilité de toutes les matières (D. 16-24 août 1790, art. 2) et la multiplication des cas d'arbitrage forcé, dans les rapports de famille, en matière de succession, des partages de biens communaux du fait de l'idée selon laquelle l'arbitrage dispose d'un effet pacificateur. En termes de procédure, aucun délai n'était prévu, les voies de recours étaient exclues sauf si le compromis le prévoyait expressément. La chute de la Convention et de Robespierre, le 9 thermidor an II, emporta la remise en cause de l'arbitrage forcé du fait de l'importance considérable prise par ce système de justice alternative, de l'enchérissement corrélatif des coûts du procès et en raison de la volonté politique de reprise en main de l'appareil judiciaire et donc des litiges qui sont susceptibles de lui être soumis. Par plusieurs lois de 1795 et 1796, les arbitrages forcés décidés sous la Révolution ont été abolis, sauf l'arbitrage forcé issu de l'ordonnance de 1673.

26. – L'arbitrage restreint du XIX^e^ siècle. Les critiques opposées au principe de l'arbitrage n'avaient pas cessé. Ainsi, même si le Code de procédure civile, adopté sous le Premier Empire en 1806, reprenait l'essentiel des dispositions de l'ordonnance civile de 1667 (communément désignée comme le « Code Louis » ou « Code civil »), il en fut autrement en matière d'arbitrage, les articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile interdisant même l'arbitrage dans certains domaines, tous ceux dans lesquels les personnes n'avaient pas la libre disponibilité de leurs droits. Dès lors, si le principe de la validité de la clause compromissoire était affirmé, ce fut avec de fortes réserves, comparables à la situation du droit français avant la loi de 2001. Un titre demeurait consacré « aux arbitrages » formé des articles 1003 à 1028, dont les plus connus, les articles 1003 et 1004, le premier formalisant la restriction : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », et le second limitant les matières ouvertes à arbitrage, les « dons et legs d'aliments, logement et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, question d'état, ni sur aucune contestation qui serait sujette à communication au ministère public ». Toutefois, si le compromis est expressément visé, rien n'est dit à propos de la clause compromissoire, et les juridictions, par fidélité à la jurisprudence développée sous l'Ancien Régime et le droit révolutionnaire, considéraient la clause compromissoire comme valable par principe, quand bien même l'abondance de décisions montrait que la question demeurait discutée[127]. En outre le Code de commerce maintenait l'arbitrage forcé dans les litiges entre associés (C. com., art. 51) de même qu'était validé le principe de l'arbitrage volontaire sur la base d'une clause compromissoire en matière d'assurance maritime (C. com., art. 332)[128], avant que cette solution ne soit généralisée à toute la matière commerciale par la loi du 31 décembre 1925. Ce « jeu de miroir » entre l'histoire de l'arbitrage et celle de la clause compromissoire, déjà ancien, a perduré dans le temps : chaque fois que l'on veut s'attaquer à l'arbitrage, ce sera par sa clause que l'on commencera ; chaque fois que l'on voudra le promouvoir, c'est le régime de cette clause qu'on libéralisera[129].

1795 ; V. J.-J. Clere, *L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) : Rev. arb.* 1981, p. 3.

[126] *Cf.* B. de Loynes de Fumichon, *La passion de la Révolution française pour l'arbitrage : Rev. arb.* 2014, p. 3.

[127] V. L. Favier, *De la clause compromissoire*, thèse, Paris, Rousseau, 1910, spéc. p. 101, qui explique que, si sa pratique est antérieure, « c'est de la première partie du XIX^e^ siècle que date (…) la question de la clause compromissoire ».

[128] Certains considèrent même qu'« [h]istoriquement, les contrats d'assurance maritime furent les premiers à comporter une pareille clause » (V. R. Rodière, *Assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983, n° 197).

[129] J. El Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris 1, 2003, n° 2.

27. – Arrêt *Prunier* (1843). En effet, l'hostilité, relative mais manifeste à l'endroit de l'arbitrage, allait trouver son point d'orgue dans le revirement de jurisprudence, concernant la validité des clauses compromissoires, issu de l'arrêt *Prunier* du 10 juillet 1843[130] et fondé sur une interprétation restrictive des articles 1003 et 1006, ce dernier précisant les conditions de validité du seul compromis, ainsi que sur la considération de la clause compromissoire comme une *promesse de compromettre*, contrat innomé alors même que sa reconnaissance générale risquait de défavoriser les contrats déséquilibrés, formule qui n'est pas celle de l'époque mais qui transpire de l'arrêt[131]. Le résultat, après 1843, est alors très défavorable à l'arbitrage : le compromis demeure possible mais sous la réserve de l'ordre public, les clauses compromissoires sont interdites, sauf en matière d'assurances maritimes. Le moins que l'on puisse en dire était que cela ne favorisait pas l'adaptation des contrats de droit français au développement du commerce international, alors même que d'autres pays proposaient des institutions permanentes d'arbitrage auxquelles, bien entendu, faisaient référence, par des clauses compromissoires, leurs ressortissants.

28. – Arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* (1930 et 1931). C'est dans ce contexte que la jurisprudence a, très tôt, composé avec l'interdiction des clauses compromissoires, notamment en matière d'arbitrage international, d'abord en revenant lentement mais sûrement sur la solution de 1843 en considérant que le moyen tiré de l'article 1006 n'était pas d'ordre public[132], puis en reconnaissant les limites internes de l'action de ces textes et, ce faisant, la validité des clauses compromissoires en matière internationale[133], jusqu'aux arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* de 1930 et 1931[134] dont l'attendu, bien connu, peut être ici rappelé : « (…) dès l'instant que ces conventions mettent ainsi en jeu des intérêts de commerce international, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du Code de procédure civile n'étant pas d'ordre public en France, les parties même françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat conclu soit à l'étranger soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaise, admettant la validité d'une pareille clause ». Ce mouvement de libéralisation du droit français de l'arbitrage international était concomitant, si ce n'est impulsé, par l'émergence de la Chambre de commerce internationale qui, par sa présence, a certainement contribué à faire émerger Paris, dès cette époque, comme place d'arbitrage[135].

29. – La survie de la clause compromissoire à travers le siècle dernier. Dès lors, la contradiction, même sur la base d'une interprétation heureuse, entre les règles posées par les codes et la jurisprudence en matière internationale, devenait particulièrement flagrante, d'autant que, en 1923, la France avait adhéré au Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage et que, en droit interne, les propositions de révisions du Code de procédure civile ou du Code de commerce se succédaient, l'ensemble aboutissant à

---

[130]Cass. civ., 10 juill. 1843 : *S.* 1843, 1, p. 561, concl. Hello, note Devilleneuve ; *Rev. arb.* 1992, p. 399 ; *adde*, C. Jallamion, *La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage*, Partie I et II : *Rev. arb.* 2015, p. 740, p. 1037.

[131]Ch. Jarrosson, *La clause compromissoire (article 2061) : Rev. arb.* 1992, p. 263.

[132]Cass. req., 3 janv. 1844 : *S.* 1844, p. 337.

[133]Cas. civ., 21 nov. 1860 : *S.* 1861, 1, p. 331.

[134]Cass. civ., 19 févr. 1930 : *JDI* 1931, p. 90 ; *DH* 1930, p. 228 ; *S.* 1933, 1, p. 41, note Niboyet. – Cass. civ., 27 janv. 1931 : *S.* 1933, 1, p. 41, note Niboyet ; *JDI* 1932, p. 93.

[135]E. Silva Romero, E. Jolivet et F. Grisel, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958) : Rev. arb.* 2016, p. 403, spéc. p. 427.

la loi du 31 décembre 1925 qui ajoutait un alinéa à l'article 631 du Code de commerce (sur les critères de compétence des tribunaux de commerce) par lequel « toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire », validant donc les clauses compromissoires dans les contrats relevant de la matière commerciale (interne), plus exactement des matières relevant ordinairement des tribunaux de commerce, sans que, toutefois, les contrats ordinaires régis par le Code civil fussent concernés, sinon de manière désordonnée, voire confuse, par exemple en matière de baux commerciaux dans la loi du 30 juin 1926, sur la réduction des droits de vote plural dans les sociétés, par une loi de 1933 (supprimée en 1946), dans les règlements de copropriété (L. 28 juin 1938, art. 8) ou encore à propos de l'indemnité de licenciement des journalistes (L. 29 mars 1935). Après la Seconde Guerre mondiale, et peut-être à la faveur des travaux de la Commission de réforme de la procédure civile instituée en 1944, la jurisprudence proposait un certain nombre d'aménagements plus favorables à l'arbitrage interne, dont le principe « compétence-compétence » avec quelques *va-et-vient* jurisprudentiels entre 1949 et 1971[136], le principe de l'autonomie de la clause compromissoire en matière internationale dans l'arrêt *Gosset* du 7 mai 1963[137], principe finalement repris en matière interne[138], ou encore limitant la réserve d'ordre public et entendant ce faisant le principe d'arbitrabilité[139].

30. – L'autre crise des années 1970. Deux lois, du 5 juillet 1972 et du 9 juillet 1975, ont procédé à une réforme en trompe-l'œil en se bornant à transférer les articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile intéressant le compromis, et surtout sa réserve d'ordre public, vers les articles 2059 et 2060 du Code civil, tout en ajoutant un nouvel article 2061 au Code civil prohibant par principe les clauses compromissoires, textes disponibles au cœur dudit code du fait de la suppression de la contrainte par corps à la fin du XIX^e^ siècle, et rassemblés en un titre nouveau dans la partie réservée au droit des contrats spéciaux, le titre XVI, intitulé, ou mal intitulé, « Du compromis ».

31. – Principe de prohibition de la clause compromissoire dans l'arbitrage interne : l'article 2061 du Code civil (ancien). La situation légale n'allait plus guère changer pour un temps : sans doute demeurait le compromis avec ses réserves touchant à l'ordre public, mais l'article 2061 du Code civil interdisait les clauses compromissoires, sauf permission de la loi, précisément dans les matières commerciales. La doctrine et la pratique considéraient en effet que l'arbitrage commercial, interne ou international, supposait une faveur à l'endroit de la clause compromissoire, dans la mesure où c'est au moment où les parties sont en situation d'entente contractuelle que l'arbitrage peut être envisagé, l'expérience montrant que la validité du compromis, seul, n'est guère propice à son développement. Or, avant la loi de 2001, on était bien dans une situation dans laquelle la clause compromissoire était prohibée, s'agissant de l'arbitrage interne, sauf dans les relations commerciales, quand bien même la jurisprudence s'était affranchie de cette limite s'agissant d'une clause

---

[136]Cass. com., 22 déc. 1949 : *JCP* 1949, II, 4899, note H. Motulsky, puis Cass. com., 6 oct. 1963 : *JCP* G 1964, II, 8293 (revenant sur le principe), puis Cass. 2^e^ civ., 6 mai 1971 : *Rev. arb.* 1972, p. 58 ; *adde* H. Motulsky, *Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire : JCP* G 1954, I, 1194.

[137]Cass. civ., 7 mai 1963 : *JCP* G 1963, II, 13405, note B. Goldman ; *JDI* 1964, p. 87, note J.-D. Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky.

[138]Cass. 2^e^ civ., 4 avr. 2002 et Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier.

[139]Cass. com., 28 nov. 1950 : *Bull. civ.* 1951, III, n° 355 ; *D.* 1951, p. 170 ; *S.* 1951, p. 120, note J. Robert.

compromissoire permettant un arbitrage international. Pourtant, même en matière d'arbitrage international, l'habitude était prise de parler d'arbitrage commercial international. Ainsi, la loi-modèle CNUDCI du 21 juin 1985 évoque « l'arbitrage *commercial* international », bien que son article 1er présente une approche de la commercialité particulièrement extensive[140]. De même, sur le plan doctrinal, l'ouvrage majeur en la matière de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, publié en 1996, s'intitule *Traité de droit de l'arbitrage commercial international*[141]. La raison est ici un peu différente : on suppose que l'arbitrage intéresse principalement les relations commerciales, ou d'affaires, mais ce qualificatif est particulièrement inapproprié pour définir le champ d'application des règles applicables au droit français de l'arbitrage international. Ainsi, dès 1972 l'arrêt *Hecht*[142] avait écarté l'article 2061 du Code civil en matière internationale, en retenant une conception large, pour ne pas dire « autonome », de la commercialité, dès lors que celle-ci s'inscrit dans le champ international. En effet, la conception que la jurisprudence française retient alors s'articule autour d'une « opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international », préfigurant le futur décret de 1981[143]. L'intérêt de la formule tient au fait qu'elle dégage alors une conception propre à l'arbitrage international, de nature à écarter la conception française (interne) de la commercialité, mais également d'éventuelles conceptions étrangères qui se situeraient en retrait par rapport à cette conception internationale de la commercialité, tout en se présentant comme conforme à la division légale. Par conséquent on peut considérer, et ce même avant la loi de 2001, que la formule « arbitrage commercial » était descriptive d'une pratique de l'arbitrage, voire d'une sociologie de l'arbitrage, non déterminante d'une définition juridique de la matière.

32. – L'ancien article 2061 du Code civil illustrait la méfiance, alors presque biséculaire, à l'endroit de la clause compromissoire : « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi », oubliant la jurisprudence dégagée depuis l'arrêt de 1943, ce qui résultait, pour le moins d'une incompréhension, sinon d'une ignorance de la réalité du droit *jurisprudentiel* de l'arbitrage. Les articles 2059 et 2060 du Code civil, relatifs au compromis, reprenaient la formule des articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile, mais l'article 2060, avec une loi du 9 juillet 1975, ouvrait simplement la possibilité pour des établissements publics à caractère industriel et commercial de bénéficier, par décret, de la possibilité de compromettre. C'est donc dans ces conditions que se préparaient utilement la réforme de 1980 et celle de 1981 pour créer un livre IV, dans le Code de procédure civile, consacré à l'arbitrage, puis la réforme de l'article 2061 par la loi de 2001.

33. – De la validité commerciale à la validité internationale. L'arrêt *Hecht* de 1972 contournait la réserve de commercialité de l'article 2061 du Code civil en proposant une conception propre à l'arbitrage international. Nul n'était dupe de la division qui se perpétuait alors entre la doctrine arbitrale et la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation, traditionnellement favorables au développement de l'arbitrage. En outre, la formule qu'avait retenu l'ancien article 1492 du Code de procédure civile issu de la réforme de 1981 (qui allait devenir l'article 1504

---

[140]V. Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), art. 1er.

[141]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de droit du commerce international*, Litec, 1996.

[142]Cass. 1re civ., 4 juill. 1972 : *JDI* 1972, p. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. Level. *Adde*, Paris, 13 juin 1996 : *JDI* 1997, p. 151, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997, p. 251, note E. Gaillard.

[143]D. n° 81-500, 12 mai 1981.

du Code de procédure civile issu de la réforme de 2011) n'offrait qu'une réponse imparfaite à cette difficulté dans la mesure où il disposait qu'« est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international » (V. *infra*, n° 165). Or, la formule « intérêts du commerce international » est particulièrement vague et pose à peu près les mêmes difficultés que celles qui avaient été soulevées lorsqu'il s'était agi de définir le contrat international, ce caractère étant, depuis l'arrêt *Mardelé* de 1930[144], établi comme le contrat qui « met en jeu les intérêts du commerce international » et que l'on désigne comme le « critère économique »[145]. La formule[146] permettait alors de dépasser des conceptions simplement « physiques », reposant sur des transferts de flux, simple flux ou double à travers une frontière, ou, beaucoup plus fruste, le critère de la nationalité des parties : est international l'arbitrage qui repose sur une opération économique internationale, c'est-à-dire aussi celle qui implique des mouvements de biens, de services ou de monnaie par-delà des frontières, ou bien qui intéresse l'économie de deux ou plusieurs pays différents[147]. La formule finalement retenue a surtout permis de considérer que la jurisprudence applicable à l'arbitrage international s'est, en droit français, totalement exonérée de la réserve de commercialité, quel que soit le critère de commercialité retenu, pourvu qu'il s'agisse d'une opération économique qui met en jeu les intérêts du commerce international. Il importait peu désormais que l'une des parties au contrat international contenant une clause compromissoire ne soit pas commerçante, voire soit un consommateur[148] jusqu'à ce que la Cour de cassation exclue très nettement le critère de commercialité, dans un arrêt du 5 janvier 1999, en consacrant au contraire « le principe de validité de la clause compromissoire international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence »[149] règle alors comprise comme une règle matérielle de l'arbitrage international. Cette généralité semble toutefois aujourd'hui quelque peu vaciller à la suite de la jurisprudence *PWC*[150] qui, en matière de litige international de consommation, limite l'effet négatif du principe compétence-compétence en prévoyant, sur le fondement des règles européennes de protection des consommateurs, que le juge étatique doit être saisi en priorité du litige, malgré une stipulation compromissoire (donc inopposable au consommateur).

34. – Réforme du droit français interne de l'arbitrage par les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981. Encouragé par les travaux de la commission de

---

[144]Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé : S.* 1931, 1, 1, note Niboyet. – Cass. civ., 27 janv. 1931, *Dambricourt : Rev. crit. DIP* 1931, p. 516. V. *supra*, n° 28.

[145]*Cf.* D. Mainguy et C. Nourissat, *Les opérations du commerce international*, *in* J. Béguin et M. Menjucq (ss dir.), *Traité de droit du commerce international*, Litec, 3e éd., 2019, nos 888 et s., M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017.

[146]V. plus gén. : Ph. Fouchard, *Quand un arbitrage est-il international ? : Rev. arb.* 1970, p. 59.

[147]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de droit du commerce international*, *op. cit.*, n° 115.

[148]*Cf.* Cass. 1re civ., 21 mai 1997, nos 95-11.429 et 95-11.427, 2 arrêts, *Jaguar : Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, p. 330, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin. *Adde*, Cass. 1re civ., 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado : JCP* G 2004, I, 134, n° 3, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2004, p. 2458, note I. Najjar ; *D.* 2005, p. 3050, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2004, p. 447, obs. E. Loquin, *Rev. arb.* 2005, p. 125, note X. Boucobza.

[149]Cass. 1re civ., 5 janv. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. Bureau ; *RTD com.* 1999, p. 380, note E. Loquin ; *JDI* 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto.

[150]Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 2020, 1311, note M. de Fontmichel ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, p. 27, note S. Bollé ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *Procédures* 2021, comm. 22, obs. L. Weiller ; *LPA* 21 déc. 2020, n° 157q4, p. 7, obs. S. Akhouad-Barriga ; *Contrats, conc. consom.* janv. 2021, obs. E. Fohrer-Dedeurwaerder ; au sujet de cet arrêt, V. *infra*, n° 318.

réforme du Code de procédure civile, le décret n° 80-354 du 14 mai 1980 assurait une réforme d'ampleur de l'arbitrage interne dans le Code de procédure civile[151], précédant la réforme du droit français de l'arbitrage international par le décret du 12 mai 1981. Particulièrement attendue, et notamment des praticiens, cette réforme ouvrait véritablement l'ère du droit moderne de l'arbitrage, en faveur de l'efficacité de la procédure arbitrale. En premier, la réforme affirmait le principe de la validité de la clause compromissoire (CPC, art. 1442), pour autant qu'elle se situe dans les limites étroites de l'article 2061 du Code civil d'alors, et son caractère obligatoire, en ce sens que l'exécution forcée de la clause compromissoire était consacrée, reprenant les solutions jurisprudentielles déjà anciennes[152], de sorte que le juge étatique devait désormais se considérer comme incompétent en présence d'une telle clause (CPC, ancien art. 1458). Sans doute l'article 1443 ancien du Code de procédure civile qui imposait que la clause compromissoire soit écrite, à peine de nullité, posait difficulté notamment s'agissant de la question dite « des clauses compromissoires par référence », c'est-à-dire une clause compromissoire identifiée dans un document que les parties n'avaient pas signé ou n'avaient pas repris dans leur contrat, celui-ci se contentant d'y renvoyer (par ex. à des conditions générales de contrat), mais la jurisprudence postérieure considérait, de manière très libérale, qu'il suffisait de constater que les parties avaient adhéré à la clause compromissoire pour que celle-ci soit valable[153]. En outre, la sentence arbitrale vit son efficacité renforcée et pratiquement assimilée à une décision judiciaire (principe du secret des délibérations, CPC, ancien art. 1469 ; principe de la prise de décision majoritaire, CPC, ancien art. 1470 ; obligation de motivation et techniques de rédaction, CPC, anciens art. 1471 et 1472 ; application par principe des règles de droit, CPC, ancien art. 1471 ; pouvoir d'interprétation ou de révision pour réparation d'erreur matérielle ou d'omission, CPC, art. 1475). Enfin, la simplification des voies de recours, où coexistaient l'opposition à ordonnance d'*exequatur*, l'appel contre la décision rendue sur appel de l'ordonnance d'*exequatur*, l'appel contre la sentence, l'appel-réformation, l'appel-nullité qui ne participait guère à renforcer le succès de l'arbitrage, aboutissait à n'envisager qu'une seule voie de recours, l'appel ou le recours en annulation (également devant la cour d'appel). En matière d'arbitrage international, le décret de 1981 était volontairement sobre dans le but, d'une part, de conserver vivante la jurisprudence développée jusqu'alors[154] et, d'autre part, de laisser la plus grande place à la liberté des parties, sobriété qui est demeurée dans la réforme de 2011.

35. – Réforme de l'article 2061 du Code civil par la loi NRE du 15 mai 2001. Face au libéralisme assumé de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation dans l'interprétation des textes du Code civil issus de la réforme de 1980,

---

[151]G. Cornu, *Présentation de la Réforme : Rev. arb.* 1980, p. 583. – R. Perrot, L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile : Rev. arb. 1980, p. 642. – J. Robert, Bilan d'une réforme : Rev. arb. 1980, p. 704. – Ph. Fouchard, *Le nouveau droit français de l'arbitrage : RID comp.* 1982, p. 29 ; *L'arbitrage commercial et le législateur*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, *Étude R. Roblot*, *LGDJ*, 1984, p. 67. – P. Godé, chron. in *RTD civ.* 1980, p. 833. – J. Robert, *La législation nouvelle sur l'arbitrage : D.* 1980, chron. p. 189 ; *Rev. arb.* 1980, n° spécial « La réforme du droit de l'arbitrage » ; V. J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, p. 47-50. – M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage*, Joly éd., 1990, nos 119 et s.

[152]Cass. req., 27 févr. 1939 : *JCP* G 1939, II, 1121, note J. L. ; *Gaz. Pal.* 1939, 1, p. 678. – Cass. civ., 22 janv. 1946 : *Gaz. Pal.* 1946, 1, p. 134.

[153]Cass. 1re civ., 9 nov. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; *JDI* 1994, p. 690, note E. Loquin.

[154]*Cf.* E. Gaillard, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international : Rev. arb.* 2007, p. 697.

et à l'artifice de la distinction entre les conditions de validité d'une clause compromissoire selon qu'elle s'inscrivait dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, l'article 2061 du Code civil posait une difficulté, tout à la fois méthodologique et pratique, dans l'ordre interne notamment. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », a donc transformé la lettre et la philosophie de la clause compromissoire. Il n'est pas inutile d'observer que la loi NRE est un texte préparé par les services du ministère de l'Économie et du ministère de la Justice, qui a modifié de nombreuses règles du Code de commerce, notamment en droit des sociétés, en droit de la concurrence, ou du Code monétaire et financier. Ceci explique la relative curiosité du vocabulaire du nouvel article 2061 du Code civil : « Sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »[155]. Par conséquent, d'une prohibition de principe, à l'exception des contrats *commerciaux*, se substituait une validité de principe dans les contrats conclus à titre *professionnel* sous la réserve de dispositions spécifiques de prohibition, par exemple dans le contrat de travail (C. trav., art. L. 511-1)[156]. Le parallélisme n'est pas parfait, dans la mesure où la notion d'activité *professionnelle* est *a priori* plus large que la notion d'activité commerciale, ce qui permet par exemple de valider la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu entre professionnels libéraux, civils donc, par exemple, et qu'elle ne correspond pas tout à fait non plus à la conception internationale qui se cantonnait aux opérations *économiques*.

36. – Réforme du 13 janvier 2011. Dès la fin des années 1990, et forte d'une jurisprudence abondante très libérale, en ce sens qu'elle était déjà très favorable à la validité des conventions d'arbitrage et à l'efficacité de l'arbitrage, la réflexion doctrinale partait du constat que la réforme de 1980 était déjà obsolète du fait justement des interprétations jurisprudentielles qui l'ont rapidement suivie[157] et d'un certain nombre de difficultés qui perduraient (comme, par exemple, la question de l'arbitrage à deux degrés, ou la question de l'impossibilité pour les arbitres de proroger le délai d'arbitrage, sans compter le caractère désuet des articles 2059 et 2060 du Code civil, freins au développement de l'arbitrage interne et source de situations absurdes). Ainsi, du fait de l'inarbitrabilité des litiges intéressant l'ordre public, les arbitres qui constatent une violation de l'ordre public, dans un arbitrage interne, disposent du pouvoir de se déclarer incompétents sans pouvoir sanctionner civilement cette source d'illicéité, à la différence de l'arbitrage international[158].

37. – Longtemps en gestation (à partir du début des années 2000), le projet de réforme s'est accéléré pour finalement se concrétiser dans un contexte de concurrence de place et où Paris pouvait apparaître en perte de vitesse, notamment à l'égard de Genève qui cherchait précisément à déloger le siège international de la Chambre de commerce internationale de la capitale française pour l'attirer vers la capitale (suisse) des autres institutions internationales. La réforme proposée par le décret du 13 janvier

---

[155]Durant les travaux parlementaires, il était question de limiter la validité aux relations entre professionnels « placés dans des situations économiques comparables » sous la réserve de « l'abus de puissance économique », vocabulaire cohérent avec le reste de la loi NRE, mais plutôt curieux dans un texte de droit civil. ; V. aussi : Ph. Fouchard, obs. sous *Réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du Code civil en matière internationale, JO Sénat* du 31 janvier 2002, p. 314 ; *Rev. arb.* 2002, p. 241.

[156]Sur les nouveaux domaines offerts par la réforme de l'article 2061 du Code civil, V. not. : Th. Clay, *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 194.

[157]B. Moreau, *Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage : Rev. arb.* 1992, p. 192 et s.

[158]Comp. Cass. 1re civ., 21 mai 1997, préc.

2011 a ainsi eu le mérite de redynamiser le droit français de l'arbitrage, en modifiant les règles existantes, dont l'originalité était de combiner souplesse et sécurité juridique et en reprenant l'essentiel des avancées jurisprudentielles pour les incorporer dans un corps de normes légales et modernes[159]. Au point qu'un auteur a pu considérer que le droit de l'arbitrage pouvait désormais se doter d'une nouvelle devise, faisant écho à celle de la République française : « Liberté, égalité, efficacité »[160]. Elle a conservé la structure « dualiste » de l'arbitrage, en séparant formellement les règles de l'arbitrage interne (CPC, art. 1442 et s.) et de l'arbitrage international (CPC, art. 1502 et s.), même si celui-ci se réduit du fait du renvoi, au sein des règles du droit de l'arbitrage international aux règles prévalant dans celles de l'arbitrage interne (CPC, art. 1506), de sorte que l'on pourrait même se demander si, du fait de la réforme de 2011 qui a modifié l'ensemble des règles, alors que deux décrets, en 1980 et en 1981, avaient été précédemment nécessaires, on ne peut pas considérer qu'il existe un ensemble de règles formant un droit commun de l'arbitrage, établies sur le modèle de l'arbitrage interne, et dont celles de l'arbitrage international constitueraient des règles spéciales. Toutefois, et du fait des compétences constitutionnelles spécifiques, le décret de 2011 était impuissant, à supposer que la volonté ait été présente, pour modifier les articles 2059 et suivants du Code civil, de sorte que demeure une distance considérable, et très dommageable, entre la conception civile de l'arbitrage et la réalité processuelle de l'arbitrage.

38. – L'année 2016, année arbitrale ? Même si l'article 2060 du Code civil, qui bride et complexifie toujours l'arbitrage en matière administrative demeure inchangé, l'article 2061 a finalement été modifié de manière radicale par la loi dite « Justice du XXIe siècle » du 18 novembre 2016 : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée » (1er al.). « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée » (al. 2)[161]. Fin donc, avec le premier alinéa, de la suspicion qui se dégageait des rédactions antérieures : nullité de principe en 1804, nullité sauf commercialité en 1972, validité sous condition d'activité professionnelle en 2001 et désormais, simple exigence d'acceptation de celui à qui la clause compromissoire est opposée, qui correspondait d'ailleurs, déjà, à l'état de la jurisprudence applicable. Avec le second alinéa s'ouvre la voie, légale, du développement des clauses compromissoires

---

[159]Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage : *JO* 14 janv. 2011, n° 0011, p. 773, texte n° 8.

[160]Th. Clay, *Liberté, égalité, efficacité, la devise du nouveau droit français de l'arbitrage : JDI* 2012, p. 443 et 815. – E. Gaillard et P. de Lapasse, *Le nouveau droit français interne et international de l'arbitrage : D.* 2011, p. 175. – Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : Rev. arb.* 2011, p. 5. – E. Loquin, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage : RTD com.* 2011, p. 155. – P. Mayer, *Arbitrage : Entrée en vigueur d'une procédure plus efficace : Dr. et patrimoine* mai 2011, n° 203, p. 30. – J. Béguin, J. Ortscheid et Ch. Seraglini, *Un second souffle pour l'arbitrage : JCP* G 2011, p. 545 et 765. – M.-E. Ancel, *Le nouveau droit français de l'arbitrage : le meilleur de soi-même : Arbitraje : Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2011, p. 822. – B. Moreau, *Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international : RJ com.* 2011, p. 115 ; V. aussi l'ouvrage collectif : *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, ss dir. Th. Clay, Lextenso, 2011.

[161]*Cf.* Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXIe siècle : JCP* G 2016, 1295 ; *Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage : Cah. arb.* 2017, p. 17. – Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : Rev. arb.* 2016, p. 1007. – L. Weiller, *Compte rendu de l'atelier du groupe de travail « pratique arbitrale » du Comité français de l'arbitrage – Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2017, p. 1085.

dans des secteurs jusque-là fermés à leur efficacité et notamment des contrats civils : les contrats d'assurance, de bail, de l'immobilier comme les règlements de copropriété, des conventions d'indivision, de création de sûretés, les statuts de sociétés civiles, les conventions du droit de la famille, du droit du travail, *etc.* Toutefois, dans ces secteurs, ou d'autres, lorsque la clause est opposée à un non-professionnel, elle est valable mais inopposable, ce qui signifie qu'elle pourrait être opposable si le non-professionnel choisit de donner corps au mécanisme d'arbitrage. Le nouvel article 2061 de la loi de 2016 consacre ainsi une évolution jurisprudentielle majeure et ancienne, qui avait pour objectif de rendre la clause compromissoire « presque indestructible », d'éliminer la question de sa validité, réduire les hypothèses d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, favoriser sa transmission et son extension, élargir l'arbitrabilité, *etc.* Si seule compte donc à présent l'acceptation de la clause, en droit de l'arbitrage, il convient également de compter si le droit français est applicable, avec les règles du droit commun des contrats[162], également réformées par une ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Or les nouvelles règles du droit des contrats contiennent des dispositions intéressant, même à la marge, le droit de l'arbitrage. Ainsi, l'article 1171 du Code civil généralise la sanction des clauses abusives qui pourrait concerner des contrats d'adhésion d'affaires, susceptibles de contenir une clause compromissoire. De même l'article 1230, à propos de la résolution du contrat, prévoit que les clauses relatives au règlement des litiges, survivent à celle-ci. Enfin, le droit des contrats consacre, dans la loi, des mécanismes, par exemple sur la circulation du contrat, voire tous les cas de substitution contractuelle.

Encart 4

Quel droit transitoire pour le décret de 2011 et le nouvel article 2061 du Code civil de 2016 ?

39. – Le décret de 2011 : un nouveau texte réglementaire. La complexité et la permanence des questions d'application de la règle nouvelle dans le temps n'épargnent pas le droit de l'arbitrage. Les dispositifs modernes prévoient très souvent des dispositifs prévoyant de manière plus ou moins précise et plus ou moins explicite des règles de droit transitoire distinguant selon les normes nouvelles, et qui peuvent parfois soudainement resurgir via une « ancienne » clause ou sentence, longtemps après l'adoption de la règle concernée.

40. – La question est d'autant plus importante que, d'une part, les modifications proposées par le décret de 2011 sont souvent très substantielles, et d'autre part, l'arbitrage traite souvent de différends issus de contrats d'affaires de longue durée, éventuellement conclus avant l'entrée en vigueur du décret de 2011. Ainsi, l'article 3 du décret de 2011 prévoit par principe que ces dispositions entrent en vigueur le 1er mai 2011. Il réserve cependant l'application d'un certain nombre de textes à des conventions d'arbitrage conclues après cette date. C'est le cas des

[162] V. *infra*, n° 202 s.

articles 1442 à 1445, c'est-à-dire des règles principales relatives à la convention d'arbitrage, des articles 1489 et 1505, 2° et 3° du Code civil, le premier relatif à la place de l'appel qui demeure donc sauf clause contraire et le second relatif à la détermination du juge d'appui élu dans un arbitrage international.

41. – D'autres règles s'appliquent à un tribunal arbitral constitué après le 1er mai 2011, quand bien même la convention d'arbitrage aurait été convenue avant cette date. *A priori*, ces réserves sont devenues obsolètes, sauf à imaginer un arbitrage ou des recours encore en cours aujourd'hui. Il s'agit ici des articles 1456 à 1458, 1486, 1502, 1513 et 1522 du Code civil, c'est-à-dire les règles de constitution du tribunal arbitral et de l'obligation de révélation, relatives à la sentence rectificative, le recours en révision, les conditions de reddition d'une sentence internationale et la possible renonciation à tout recours dans un arbitrage international. Enfin l'article 1526 relatif à l'absence d'effet suspensif d'un recours en annulation contre une sentence internationale n'est applicable qu'aux sentences rendues après le 1er mai 2011[163].

42. – La loi de 2016 : un nouvel apport législatif. Si l'article 2061 du nouveau Code civil, tel qu'issu de la loi du 18 novembre 2016, bouleverse la logique de validité de la clause compromissoire, il demeure que celle-ci s'inscrit dans un contrat et que l'effet dans le temps des normes nouvelles applicables à un contrat conclu avant leur entrée en vigueur a toujours été un casse-tête juridique dans lequel s'entremêlent des questions relatives à la pérennité de la volonté des parties, rétive donc à l'application immédiate de la loi nouvelle, et des logiques d'amélioration du droit positif ou d'impérativité, plutôt favorables au contraire à ce type d'application.

43. – Pour régler la question, et éviter des débats généraux, les lois nouvelles, comme le décret de 2011, énoncent souvent des dispositifs prévoyant précisément la question de l'entrée en vigueur des normes nouvelles applicables à un contrat, entre application immédiate, application différée ou inapplication[164]. Pourtant, pas plus que la loi de 2001 qui avait préalablement modifié l'article 2061, la loi de 2016 n'envisage cette question. La jurisprudence avait cependant considéré que les règles de l'article 2061 du Code civil, telles que modifiées par la loi de 2001 et quand bien même elles modifiaient de manière radicale la validité des clauses compromissoires, s'appliquaient aux contrats conclus avant son entrée en vigueur[165]. On peut donc raisonnablement

---

[163]Y. Broussole, *Réforme de l'arbitrage : le décret du 13 janvier 2011 : LPA* 6 avr. 2011, p. 15. – M. Boucaron-Nardetto, *La réforme du droit de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011 : Premier bilan d'étape après un an d'application – Faculté de droit d'Aix-en-Provence – 25 mai 2012 : CAPJIA* 2012, p. 735. – E. Gaillard et P. de Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage : CAPJIA* 2011, p. 263. – J. Béguin, J. Ortscheidt et C. Seraglini, *Un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage interne – À propos du décret du 13 janvier 2011 : JCP* G 14 mars 2011, n° 11, p. 322. – E. Kleiman et J. Spinelli, *La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité : Gaz. Pal.* 27 janv. 2011, n° 27, p. 9. – B. Le Bars, *La réforme du droit de l'arbitrage – Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche : JCP* G 24 janv. 2011, n° 4, p. 67.

[164]Comp., à propos de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats : D. Mainguy, *Pour l'effet immédiat de la réforme du droit des contrats : D.* 2016, p. 1764 ; *L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne… et la loi de ratification de la réforme du droit des contrats : JCP* G 2018, 964.

[165]Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 1011, note D. Bureau ; *D.* 2006, p. 277, note Th. Le Bars et P. Callé,

penser qu'il en sera de même de l'application de l'article 2061 nouveau tel qu'issu de la loi de 2016[166]. Par ailleurs, avant l'arrêt *PWC*[167] du 30 septembre 2020, il y a tout lieu de penser qu'il s'agissait là d'une règle de droit interne de l'arbitrage, de telle manière qu'elle n'est pas applicable à la clause compromissoire insérée dans un contrat international, en vertu de la règle, de droit matériel de l'arbitrage international, posée par la jurisprudence, par exemple dans l'arrêt *Zanzi* de 1999 (V. *infra*, n° 216) ; or, depuis septembre 2020, on pourrait penser que les contrats internationaux sont eux aussi concernés.

44. – Il convient d'ajouter à cet ensemble les apports de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la modernisation de la vie économique qui a créé un régime visant à renforcer la prévention et la sanction de la corruption dont les effets, directs ou indirects, se font déjà sentir en termes de contrôle de validité des sentences arbitrales (V. *infra*, n° 1608). Celle-ci a également, et notamment, introduit dans le Code des procédures civiles d'exécution les articles L. 111-1-1 à L. 111-1-3 qui instituent un mécanisme légal d'immunité d'exécution visant à protéger certains biens appartenant à un État étranger condamné par une décision émanant d'un juge étatique ou d'un tribunal arbitral (V. *infra*, n° 1760).

45. – Loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice. Enfin, la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice consacre des développements à « la culture du règlement alternatif des différends » et notamment sur l'arbitrage en ligne dans son article 4, modifiant les règles instituées par la loi du 18 novembre 2016 « Justice du XXIe siècle ». Ainsi, « la sentence arbitrale peut être rendue sous forme électronique, sauf opposition de l'une des parties » (L. 18 nov. 2016, art. 4-2, al. 2), ce qui n'ajoute rien à la pratique de rédaction des sentences arbitrales (V. *infra*, n° 1445) sous forme électronique. La solution ne signifie surtout pas qu'une sentence arbitrale pourrait être entièrement numérique, c'est-à-dire qu'elle pourrait être le résultat d'un algorithme auto-apprenant. Cette solution a été en effet rejetée par une décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2018[168] puis reprise dans l'article 4-3 de la loi de 2018 « Justice pour le XXIe siècle », de manière un peu confuse en écartant l'arbitrage qui aurait pour « seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel ». La loi de 2019 valide en outre les services d'arbitrage « en ligne » par des personnes morales ou physiques, de manière rémunérée ou non, à condition de respecter les règles relatives à la protection des données personnelles, d'une part, et, d'autre part, « sauf accord des parties », le respect de la confidentialité de l'arbitrage (L. 18 nov. 2016, art. 4-2). Outre le fait qu'un tel arbitrage en ligne pourrait être rendu par une personne morale, et pas simplement par un centre

---

p. 3027, obs. Th. Clay ; *JCP* G 2006, I, 148, n° 1, obs. J. Béguin, II, 10015, note E. Cornut ; *RTD com.* 2006, p. 302, obs. E. Loquin. – Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *Rev. arb.* 2007, p. 543, note J. Rouche.

[166]Comp. P. Risher, *Application dans le temps de la loi sur la justice du XXIe siècle : Cah. arb.* 2017, p. 33.

[167]Cass. 1re civ., 30 sept. 2020 : *JCP* E 15 oct. 2020, n° 42, act. 697 ; *JDI* oct. 2020, n° 4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 23 nov. 2020, n° 48, p. 1311, M. de Fontmichel ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, p. 27, note S. Bollé ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy.

[168]Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles : D.* 2019, p. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; *AJDA* 2018, p. 1191 ; *RTDE* 2018, p. 830, obs. D. Ritleng.

d'arbitrage, des centres d'arbitrages en ligne « peuvent », de manière facultative donc, faire l'objet d'une certification par un organisme (le Comité français d'accréditation [COFRAC]) et aux conditions déterminées par décret (L. 18 nov. 2016, art. 4-7 ; D. n° 2019-1089, 25 oct. 2019). C'est donc la concurrence des centres, selon qu'ils sont certifiés ou non[169] par leur sérieux, leur indépendance, leur impartialité et leur compétence (L. 18 nov. 2016, art. 4-6), qui permettra de faire le tri, hommage peut-être présomptueux fait au marché en cette matière délicate.

[169]Le décret n° 2021-95 du 29 janvier 2021 et l'arrêté du 29 janvier 2021, *JO* 31 janv. apportent des modifications au régime de la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

Les sources du droit de l'arbitrage

46. – Romantisme et pragmatisme. La conception française du droit de l'arbitrage s'est toujours présentée de manière assez romantique, ce qui est une autre manière de traiter de la question de l'autonomie de l'arbitrage, qui se mesure à l'aune de son étymologie, *auto nomos*, norme autoproduite, et donc des droits étatiques. Cette conception se présente souvent comme permettant d'imaginer que le droit de l'arbitrage n'est pas dépendant de l'État, proposition qui n'est ni vraie ni fausse. À l'inverse, la structure des sources du droit français de l'arbitrage se présente aujourd'hui sous la forme d'un ensemble complexe, imposant par son ancienneté, extrêmement riche, en ce qu'il demeure, avec la loi-type CNUDCI, une référence encore suivie dans certains pays, notamment francophones, et surtout très varié, autour de la colonne vertébrale que constituent les dispositions du Code de procédure civile. En effet, les textes multiples, d'autorité parfois très différente, font partie intégrante du droit français. Y figurent des traités internationaux eux-mêmes nombreux, des règlements d'institutions internationales et chartes éthiques de centres d'arbitrage, *etc.* Le trait marquant de ces règles, au-delà de leur diversité et de leur perception à l'étranger, est celui d'un corps de règles convergentes et cohérentes, prévisibles bien que libérales, originales mais attractives. Cette image de l'extérieur correspond indéniablement à une réalité juridique.

Sources à vocation universelle

47. – Protocole de Genève du 24 septembre 1923 et Convention de Genève du 26 septembre 1927. Le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, conclu encore sous la feue Société des Nations a validé la clause compromissoire et le compromis dans les contrats de commerce international. Ainsi, par la loi du 31 décembre 1925, le législateur français a modifié sa législation en reconnaissant la validité de la clause compromissoire en matière commerciale[170].

La Convention de Genève du 26 septembre 1927 a unifié les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. La révision au fond de la sentence a été exclue, mais pour être reconnue et exécutée, la sentence devait être définitive dans le pays d'origine[171], ce qui ne facilitait pas (encore aujourd'hui) l'obtention de l'*exequatur*[172]. De plus, par la référence au Protocole de Genève du 24 septembre 1923, la Convention s'appliquait uniquement aux sentences rendues dans un pays contractant et aux seules sentences entre les parties des pays contractants[173]. Ces deux traités n'ont aujourd'hui qu'une valeur historique puisqu'ils ont cessé de produire leurs effets entre les États contractants de la Convention de New York du 10 juin 1958, dont la France. De ce fait, seuls les États contractants qui ne sont pas encore parties de la Convention de New York du 10 juin 1958[174] sont liés par ces deux traités anciens. Il est cependant indéniable que ces instruments ont eu le mérite d'avoir contribué au développement du droit d'arbitrage en France, notamment par l'établissement en France, puis l'essor international, de ce qui allait devenir un des acteurs principaux de l'arbitrage international : la Chambre de commerce internationale[175]. Ils ont surtout préparé le terrain, après deux décennies de contraction du commerce international et une (Seconde) Guerre mondiale, à la construction de ce qui allait constituer la fondation et la condition du développement de l'arbitrage international dans le monde : la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

48. – La Convention de New York de 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères : le traité des traités de l'arbitrage. Ce texte, à vocation universelle et aujourd'hui parfois perçu comme la « constitution

---

[170]V. l'ancien article 631 du Code de commerce, qui figure désormais à l'article L. 721-3.

[171]Conv. Genève, 26 sept. 1927, art. 1er : « (…) Pour obtenir cette reconnaissance ou cette exécution, il sera nécessaire, en outre : (…) *d)* Que la sentence soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue (…) ».

[172]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 245 : « ce qui, en pratique, revient presque à exiger un double *exequatur* ».

[173]Conv. 26 sept. 1927, art. 1er.

[174]En France, la Convention de New York du 10 juin 1958 est entrée en vigueur le 24 septembre 1959.

[175]E. Jolivet, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958) : Rev. arb.* 2016, p. 403.

mondiale » ou le « socle commun » de l'arbitrage international dans le monde[176], a été inspiré par un avant-projet de la Chambre de commerce internationale[177] et adopté sous l'égide des Nations unies. La Convention est considérée comme la plus importante en matière d'arbitrage[178] et son succès se maintient puisque, en l'état, plus de cent soixante États sont parties à la Convention[179]. En France, la Convention de New York est entrée en vigueur le 25 novembre 1959.

L'objet principal de la Convention de New York est de faciliter la reconnaissance et l'exécution, le terme usuel étant la « circulation »[180], des sentences arbitrales étrangères. La Convention de New York est ainsi un instrument à la portée considérable qui rend très aisée la circulation des sentences étrangères, internes ou internationales, dans le but d'assurer leur exécution dans n'importe quel État. En effet, la Convention de New York rend compte d'un effet particulier des sentences arbitrales, notamment internationales, la « plurilocalisation » : une sentence rendue dans le siège d'un État est en effet susceptible de produire des effets, au stade de son exécution, dans de nombreux autres États, tous ceux où la partie ayant succombé dispose de biens susceptibles d'être l'objet de mesures d'exécution.

Dans son article II, la Convention contient également une autre disposition particulière concernant la convention d'arbitrage (art. II). Cette disposition est une règle matérielle précisant les conditions de validité et les effets d'une convention d'arbitrage. La Convention de New York énumère explicitement les motifs pour lesquels la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sera refusée (art. V). Ainsi, à la différence de la Convention de Genève du 26 septembre 1927, elle n'exige plus que la sentence soit définitive (art. II).

L'application de la Convention de New York n'est pas subordonnée à la condition de nationalité des parties. Elle s'applique aux sentences dites « étrangères », autrement dit aux « sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées » et celles « qui ne sont pas considérées comme sentences nationales » (art. I). Pourtant, ce critère a pu susciter quelques difficultés d'interprétation[181]. La Convention ne contient pas en principe la condition de réciprocité. Néanmoins, dans son article I.3, elle a permis aux États d'émettre deux réserves : la réserve de réciprocité et la réserve de commercialité. La réserve de réciprocité, dont la France a fait l'usage jusqu'en 1989, permet aux États d'appliquer la Convention aux « seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant ». En cas de réserve de commercialité, la Convention sera applicable « uniquement aux différends issus de rapports de droit contractuels ou non contractuels,

---

[176]M. R. P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016.

[177]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, pt 247 ; E. Jolivet, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI*, préc., p. 437.

[178]J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, Schulthess, 2002, p. 52, pt 67.

[179]Les derniers pays à y avoir adhéré sont : Andorre, Seychelles Palau, l'Éthiopie, la Sierra Leone et le Malawi (pour une liste plus complète : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_fr) ; les pays qui ne sont pas encore parties à la Convention sont notamment la Namibie, le Turkménistan, la Corée du Nord, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Irak, la Libye, la Gambie, la Guinée-Bissau, le Congo (Brazzaville), la Guinée équatoriale, l'Érythrée, l'Eswatini, la Somalie, le Sud-Soudan, le Tchad et le Togo.

[180]Th. Clay, *La Convention de New York vue par la doctrine française : Bull. ASA* 2009, p. 55, spéc. p. 61 et s.

[181]À titre d'exemple, certaines juridictions considèrent les sentences « nationales » dans le cas où, même si la sentence a été officiellement signée à l'étranger, l'arbitrage s'est déroulé dans le pays du juge saisi ; Chambre des Lords, 24 juill. 1991. *In* Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 256.

qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale ». Ces réserves s'appliquent à la reconnaissance et l'exécution des sentences et non à la validité de la convention d'arbitrage issue de l'article II.

49. – Une particularité de la Convention de New York ressort de son article VII.1 qui contient une clause dite « de la sentence la plus favorisée »[182]. Grâce à cette dernière, l'État contractant peut faire primer le traitement plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères issu du droit national d'un pays concerné ou d'un autre traité international, sur les dispositions de la Convention de New York. Cette disposition, qui favorise l'efficacité de l'arbitrage, a été pleinement utilisée par le législateur français, dont le droit, on en convient généralement, est un droit très accueillant vis-à-vis de l'arbitrage, en théorie et en pratique. Les règles du droit français vont donc, depuis, bien au-delà du « socle minimum » constitué par la Convention de New York et sont plus favorables en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères[183]. C'est la raison pour laquelle, en France, contrairement à d'autres droits, comme le droit suisse qui s'y réfère directement dans sa jurisprudence, ce traité a une incidence relativement faible[184]. Cette approche a également été révélée en France par la Cour de cassation qui a considéré qu'un juge français « ne peut refuser l'*exequatur* lorsque son droit national l'autorise » alors que la sentence avait été annulée dans l'État du siège de l'arbitrage, dans la série d'arrêts *Norsolor-Hilmarton-Putrabali* de 1984 à 2007[185]. De même, elle a confirmé que le juge ne peut pas refuser l'exécution de la sentence si le grief de refus n'est pas prévu à l'article 1502 même si ce cas de refus est prévu à la Convention de New York[186].

50. – La Convention de Washington du 18 mars 1965, dite « Convention CIRDI ». Un mécanisme particulier pour les arbitrages dits « d'investissement » est issu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965 (« Convention de Washington ») qui lie un grand nombre d'États. De cette dernière découle le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »)[187], dont le siège est situé à Washington au sein des locaux de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Le Centre CIRDI est lui-même à l'origine du règlement du même nom. Il s'agit d'un mécanisme assurant un ensemble complet de règles d'arbitrage international, mais limité aux différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Ce centre gère un système d'arbitrage original[188], à mi-chemin entre l'arbitrage commercial international dit « privé » et l'arbitrage interétatique ou « public » : il n'a vocation à s'appliquer qu'aux différends relatifs aux investissements entre États membres, hôtes d'un investissement

---

[182]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 267.

[183]CPC, art. 1502.

[184]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., § 60.

[185]Sur cette jurisprudence, v. *infra*, n° 1683 s.

[186]Cass. 1re civ., 10 mars 1993, *Sté Polish Ocean Line* c/ *Sté Jolasry : Rev. arb.* 1993, p. 276, note D. Hascher.

[187]V. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, 25 années d'activité du CIRDI*, Litec, 2002. – Ch. Shreueur, L. Malintoppl, A. Reinisch et A. Sinclair, *The Icsid convention, a commentary*, Cambridge University Press, 2012. – Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2012. – Ch. Leben (ss dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, Chap. 17, p. 641 et s. – M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2e éd., 2016, spéc. n° 982 ; V. aussi les chroniques à ce sujet à la *Rev. arb.* et au *JDI*. V. *infra*, nos 118 et 156.

[188]W. Ben-Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse ss dir. Ph. Fouchard, Paris II, 2003.

« litigieux » et ressortissants d'autres États membres (encore appelés « investisseurs étrangers »). Sa caractéristique est donc tout autant *ratione personae* que *ratione materiae*. Par ailleurs, pour s'appliquer, la « clause » d'arbitrage contenue dans le traité de protection des investissements concernés, entre l'État hôte et l'État dont l'investisseur étranger est ressortissant, doit spécifiquement donner compétence au CIRDI. Il s'agit d'une institution autonome et les recours contre les sentences rendues sous son égide ne sont pas portés devant les tribunaux étatiques, mais devant des comités *ad hoc*[189] institués par la Convention. De même, la force des sentences CIRDI est également assurée par l'obligation faite aux États membres de reconnaître le caractère obligatoire des sentences et d'en assurer l'exécution[190], qui n'est donc pas régie par la Convention de New York. Tandis que la première affaire enregistrée par le Centre qu'elle a institué remonte à 1972[191], la Convention de Washington est entrée en vigueur en France le 20 septembre 1967 et le premier arbitrage initié sous son égide contre la République française est une affaire récente et qui a finalement fait l'objet d'un désistement[192]. Si le succès de ce système a tardé à se manifester[193], il ne se dément pas aujourd'hui, du moins sur le plan quantitatif[194], malgré les vives critiques dont il fait l'objet depuis une dizaine d'années (V. *infra*, n^{os} 118 et 163).

51. – D'autres conventions existent dans ce domaine, notamment la Convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (aussi appelée « Convention de Maurice sur la transparence »), qui est entrée en vigueur le 18 octobre 2017. Elle compte aujourd'hui plus de vingt signataires, dont la France qui l'a signée le 15 mars 2015, mais ne l'a toujours pas ratifiée. Cette convention a pour objectif de compléter les traités d'investissement existants en ce qui concerne les obligations de transparence[195].

---

[189]Conv. Washington, art. 52.3.

[190]Conv. Washington, art. 54.

[191]N° ARB/72/1, *Holiday Inns S.A. et al.* c/ *Maroc*, ; on notera que cette affaire, finalement transigée, résultait en fait d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de concession et non dans un traité d'investissement.

[192]Aff. CIRDI n° ARB/13/22, *Erbil Serter* c/ *France* : le 2 mars 2018, le Secrétaire général du CIRDI a émis une ordonnance de procédure prenant acte du désistement de l'instance conformément à l'article 45 du règlement CIRDI (« Désistement pour cause d'inactivité des parties »).

[193]P. Rambaud, *Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI : AFDI* 1982, vol. 28, p. 471-491, spéc. p. 471, n° 2.

[194]L'année 2020 représentant d'ailleurs une année record, avec cinquante-huit nouvelles affaires enregistrées ; V. CIRDI, *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2021-1)*, 2021, p. 8.

[195]B. Poullain, *La transparence dans l'arbitrage investisseur-État : trompe-l'œil ou perspective ? De l'entrée en vigueur de la Convention de Maurice sur la transparence (18 octobre 2017)*, EY Articles et Actualités, 21 déc. 2017.

Sources à vocation régionale, sources européennes

52. – Absence de règles spécifiques. En Europe, il n'existe pas, étonnamment et à proprement parler, de réglementation couvrant le droit de l'arbitrage[196]. Au contraire, en ce qui concerne la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le règlement Bruxelles I bis adopté le 12 décembre 2012 exclut expressément l'arbitrage de son champ d'application[197] de la même façon que son prédécesseur, le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000. Il en résulte que les sentences arbitrales ne peuvent pas bénéficier du régime issu de ce règlement et ainsi circuler dans l'espace européen. La doctrine s'est néanmoins intéressée à la question de savoir si toutes les décisions touchant à l'arbitrage sont exclues de l'application du règlement Bruxelles I bis. Autrement dit, les décisions étatiques liées à une procédure arbitrale sont-elles également exclues de son champ d'application ? La Cour de justice des Communautés européennes (désormais la « Cour de justice de l'Union européenne ») a confirmé que l'arbitrage est exclu « en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques » et que cette exclusion « s'étend à un litige pendant devant une juridiction étatique qui a pour objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage »[198]. Toutefois, en ce qui concerne les procédures judiciaires concernant des mesures provisoires, la Cour de justice a estimé que la Convention de Bruxelles devrait s'appliquer[199]. Lors de la révision de la Convention de Bruxelles I, il a été proposé de supprimer l'exclusion de l'arbitrage. Cette proposition a toutefois provoqué des critiques et n'a pas été reprise dans la nouvelle version du règlement Bruxelles I bis qui continue à exclure l'arbitrage de son champ d'application.

53. – Convention européenne de Genève du 21 avril 1961. La Convention de Genève, dite aussi « Convention européenne sur l'arbitrage commercial international » a été conclue le 21 avril 1961 sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies. Elle compte à ce jour trente et un États membres et a la particularité de régir l'arbitrage commercial international elle-même, donc les aspects avant le stade d'exécution. Elle avait un objet plus large et plus important que la Convention de New York dans la mesure où elle avait pour objectif de saisir les règles proprement dites de l'arbitrage international. Elle pose des règles matérielles et s'applique « *a)* aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant,

---

[196]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., § 62.
[197]Règl. Bruxelles I bis, 12 déc. 2012, art. 1er, pt 2 d).
[198]CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-190/89, *Marc Rich & Co. AG* c/ *Società Italiana Impianti PA*.
[199]CJCE, 17 nov. 1998, aff. C-391/95, *Van Uden Maritime BV*.

au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents ; *b)* aux procédures et aux sentences arbitrales fondées sur les conventions visées au paragraphe 1, *a)* de cet article ». La Convention européenne de Genève a été conçue spécialement pour les commerces entre l'ouest et l'est de l'Europe. Elle a été ratifiée par la France le 16 décembre 1966[200]. Malgré son influence limitée, elle a servi d'inspiration à d'autres systèmes en affirmant certains principes clés en droit d'arbitrage[201].

54. – Droit de l'Union européenne et arbitrage : une splendide ignorance. La Convention européenne des droits de l'homme a une influence très marginale dans la mesure où il a pu être décidé qu'elle ne s'appliquait pas à un tribunal arbitral, même si elle est parfois visée dans certaines procédures ou sentences[202]. Il en existe d'autres, plus marginaux[203] mais, de manière plus surprenante, les règles du droit de l'Union européenne sont restées, assez curieusement, extérieures au développement de l'arbitrage, ses règles étant considérées comme non couvertes par celles du droit de l'Union européenne[204], ce qui est une manière discrète d'évoquer l'hostilité des règles du droit de l'Union européenne à l'endroit de l'institution de l'arbitrage, par hypothèse autonome des règles du droit européen. En effet, en arbitrage ces règles n'ont pas vocation à s'y appliquer, mais sont parfois confrontées à la matière arbitrale de manière ponctuelle[205].

55. – Règlement n° 44/2001. Ainsi, comme la Convention de Bruxelles de 1968, le règlement n° 44/2001 « Bruxelles I » du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale exclut l'arbitrage de son champ d'application (art. I, 2).

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux procédures judiciaires qui assurent la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage comme les procédures visant à la désignation ou la récusation d'un arbitre[206] et par extension aux autres décisions du même type rendues par le juge d'appui[207] mais encore celles relatives au contrôle de validité d'une sentence ou d'*exequatur*[208]. En revanche, le juge chargé du contrôle ou de l'*exequatur* peut, sur le fondement du règlement Bruxelles I révisé n° 1215-2012 du 12 décembre 2012,

---

[200]https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=fr.

[201]Par ex. la compétence-compétence. V. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, 2013, pt 61.

[202]Cass. 1re civ., 6 oct. 2010. X. Delpech, *La Convention européenne des droits de l'homme pénètre le droit de l'arbitrage : Dalloz actualité*, 21 oct. 2010.

[203]V. aussi Convention européenne de Strasbourg du 20 janvier 1966 (jamais entrée en vigueur).

[204]*Cf.* L. Idot, *Arbitrage et droit de l'Union européenne, retour sur quelques développements récents : Rev. arb.* 2016, p. 471. – P. Mayer (ss dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, CREDIMI, vol. 38, LexisNexis, 2012.

[205]V. par ex. : Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 2020, 1311, note M. de Fontmichel ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, p. 27, note S. Bollé ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *Procédures* 2021, comm. 22, obs. L. Weiller ; *LPA* 21 déc. 2020, n° 157q4, p. 7, obs. S. Akhouad-Barriga ; *Contrats, conc. consom.* janv. 2021, obs. E. Fohrer-Dedeurwaerder.

[206]CJCE, 25 juill. 1991, *Marc Rich : Rec. CJCE* 1991, I, p. 3855 ; *Rev. arb.* 1991, p. 677, note D. Hascher.

[207]CJCE, 17 nov. 1998, aff. C-391/95, *Van Huden : Rec. CJCE* 1998, I, p. 7091 ; *Rev. arb.* 1999, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon.

[208]CJUE, 13 mai 2015, aff. C-536/13, *Gazprom : Rev. arb.* 2015, p. 871, note S. Bollée ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. Bollée, p. 2588, obs. Th. Clay ; *JCP* G 2015, 804, note C. Nourrissat, 1370, n° 6, obs. Ch. Seraglini ; *Cah. arb.* 2016, p. 63, note S. Clavel. *Adde* à propos d'une décision écartant l'exception d'incompétence en présence d'une convention d'arbitrage : CA Paris, 16 juin 2006, *Fincantieri : Rev. arb.* 2007, p. 90, note S. Bollée ; *D.* 2006, p. 3035, obs. Th. Clay (refusant la reconnaissance d'une décision italienne en raison de la violation du principe compétence-compétence).

saisir de manière préjudicielle la Cour de justice de l'Union européenne si l'interprétation de celle-ci s'impose pour rendre sa décision et notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la question du respect de règles impératives du droit de l'Union européenne[209]. À l'occasion de la révision du règlement Bruxelles I, la Commission avait lancé une consultation en vue de prendre en compte l'institution arbitrale, y compris des décisions du juge d'appui, voire de proposer une compétence exclusive au profit du juge du siège de l'arbitrage[210], propositions ayant reçu un accueil plutôt glacial de la communauté arbitrale[211] et reprenant finalement la solution précédente, exceptant l'arbitrage de son champ d'application.

56. – Arrêt *West Tankers*. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ignore l'institution arbitrale. Dans, l'affaire *West Tankers*, à l'origine d'un arrêt de la CJUE rendu en 2009, la Cour de justice avait considéré, à l'occasion d'une question préjudicielle[212], qu'une décision d'injonction *anti-suit* prononcée par un juge britannique, c'est-à-dire d'injonction de ne pas exercer une action dans un autre État membre, italien en l'espèce, parce que cette action serait contraire à une clause compromissoire de sorte que son succès aurait imposé la procédure arbitrale, devait être rejetée, ce qui aboutissait à faire obstacle à la primauté de la procédure arbitrale. Cette solution pose difficulté, d'abord parce qu'il convenait pour la Cour de justice d'admettre préalablement que la question entrait dans le champ d'application du règlement n° 44/2001, contredisant donc sa jurisprudence traditionnelle pour les besoins de la cause, invitant très clairement les ressortissants des États membres à faire fi de toute l'architecture de l'institution arbitrale et commandant aux juges étatiques de s'y soumettre, mais surtout parce qu'elle tient toutes les règles, internes, des droits de l'arbitrage et le principe compétence-compétence, pour inopérantes au regard du droit processuel de l'Union européenne.

57. – Arrêt *Nordsee*. Cette différenciation a par ailleurs été soulignée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui avait considéré,

---

[209]CJCE, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Cne d'Almelo : Rec. CJCE* 1994, I, p. 1477 ; *Rev. arb.* 1995, p. 503, note Ph. Fouchard.

[210]Livre vert de la Commission du 27 avril 2009 sur le fonctionnement des règles actuelles de compétence des juridictions et de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères en matière civile et commerciale, ouvrant une consultation publique sur la révision du règlement n° 44/2001.

[211]A. Mourre et A. Vagenheim, *À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers : Cah. arb.* 2011, vol. V, p. 313. – Ph. Pinsolle, *Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du règlement n° 44/2001 : Cah. arb.* 2010, p. 31. – C. Kessedjian, *Le règlement 44/2001 et l'arbitrage : Rev. arb.* 2009, p. 699.

[212]Dans cette affaire, un bateau avait embouti un aménagement du port de Syracuse ; un arbitrage s'engagea à Londres en application de la clause contenue dans la charte-partie, alors que les assureurs, subrogés dans les droits des assurés, engageaient une action devant un juge de Syracuse ; le demandeur obtint d'un juge anglais une *anti-suit injunction*, c'est-à-dire une injonction (sous diverses peines) de ne pas poursuivre l'action devant ce juge étatique, l'ensemble aboutissant à une question préjudicielle, donnant lieu à l'arrêt de 2009 : CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *West Tankers : D.* 2009, p. 981, note C. Kessedjian ; *RTD civ.* 2009, 357, obs. Ph. Théry, *RTD com.* 2009, p. 644, obs. Ph. Delebecque. *Adde* S. Clavel, *Anti-suit injonction et arbitrage : Rev. arb.* 2001, p. 669. – E. Gaillard, *Il est interdit d'interdire, réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2004, p. 47 ; *L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage*, in *Mél. C. Reymond*, Litec, 2004, p. 83. – R. Carrier, *Anti-suit injonctions : réquisitoire contre l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage : D.* 2005, p. 2712. – C. Legros, *L'incompatibilité attendue des anti-suit injunctions avec le système de Bruxelles : une atteinte au principe de compétence-compétence des arbitres ? : Rev. dr. transp.* 2009, n° 11, étude 14. – S. Bollée, *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt The Front Comor de la Chambre des Lords) : Rev. arb.* 2007, p. 223. V. déjà CJCE, 9 déc. 2003, aff. C-116/02, *Gasser : Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. Muir Watt ; *JDI* 2004, p. 641, note A. Huet.

dans l'arrêt *Nordsee* du 23 mars 1982, qu'un tribunal arbitral ne peut être assimilé à une juridiction d'un État membre et donc ne pouvait saisir la Cour d'une question préjudicielle[213], à la différence cependant des décisions rendues en matière d'exécution en application d'une sentence arbitrale, dans la mesure où celles-ci ne sont pas, alors, spécifiques ou directement liées à une procédure arbitrale[214]. Les règles du droit de l'Union européenne se justifient par la considération que le juge arbitral est un juge privé qui n'entre pas dans les caractères d'une juridiction (origine légale, permanence, caractère obligatoire), ce qui constitue une méconnaissance profonde, et sans doute volontaire, de l'arbitrage. Toutefois, dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, il n'est pas inutile de mentionner que l'Union européenne s'oriente, doucement mais sûrement, vers un régime juridique propre, dont l'aboutissement serait la création d'une cour internationale spécialement compétente, dans la suite de l'arrêt *Achmea*[215].

---

[213]CJCE, 23 mars 1982, aff. 102/81, *Nordsee : Rec. CJCE* 1982, I, p. 1095 ; *Rev. arb.* 1982, p. 473 ; V. aussi : CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126-97, *Eco Swiss* c/ *Benetton : Rec. CJCE* 1999, I, p. 3055 ; *Rev. arb.* 1999, p. 631. – CJCE, 27 janv. 2005, *Denuit : Rev. arb.* 2005, p. 765, note L. Idot ; *RTD com.* 2005, p. 2005, p. 488, obs. E. Loquin. Ceci, à moins qu'il s'agisse d'un tribunal arbitral d'origine légale : CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-555/13, *Merck Canada* c/ *Accord Healtthcare Ltd*.

[214]CJCE, 17 nov. 1998, *Van Huden*, préc. – CJCE, 27 avr. 1994, aff. C-393-92 : *Rec. CJCE* 1994, I, p. 1477 ; *Rev. arb.* 1995, p. 503, note Ph. Fouchard. Comp. : CA Paris, 23 sept. 2014, n° 2012/21810 : *Rev. arb.* 2014, p. 1022.

[215]V. *infra*, n° 118.

Sources nationales

58. – Apprendre à naviguer entre Code civil et Code de procédure civile. L'arbitrage est fondamentalement une matière contractuelle, privée et procédurale, ce qui nourrit l'impression curieuse de trouver ses sources à la fois dans le Code civil aux articles 2059 à 2061, et dans le Code de procédure civile, aux articles 1442 et suivants. Le droit de l'arbitrage, interne (et international) est l'objet du livre IV du Code de procédure civile, dont les multiples versions qu'a connues le droit français résultent de décrets et qui, pour beaucoup de praticiens, fait office de « bible de l'arbitrage » en France, au-delà de la Convention de New York, que certains pays, comme la Suisse, n'ont pas transposée dans leur droit et continuent à s'y référer comme bloc autonome. En effet, le droit français a choisi la voie d'une incorporation du droit de l'arbitrage international dans les dispositions nationales (Livre IV, Titre II), conformément aux principes de la Convention de New York, mais « à la française », c'est-à-dire en codifiant le droit de l'arbitrage et en le rapprochant des dispositions propres au droit interne, qui le précèdent. De ce point de vue, malgré la claire scission entre régime interne et régime international, le droit de l'arbitrage conserve une certaine unité, textuelle du moins, laquelle est renforcée par le jeu – parfois un peu trop subtile – de renvois entre les deux ordres tel qu'opéré par l'article 1506 du Code de procédure civile.

Le droit de l'arbitrage ne se limite toutefois pas aux seules dispositions du Code de procédure civile, et, pour cause : l'arbitrage est autant processuel que contractuel. Parmi les principales dispositions du droit français de l'arbitrage figurent les articles 2059 à 2061 du Code civil, survivance du temps où la validité de la clause compromissoire tenait pour beaucoup à son rattachement à la matière commerciale, conditions de validité alors insérées dans le Code de commerce, aujourd'hui obsolètes[216]. Par ailleurs, les références impropres à un arbitrage entendu comme expertise, ont été corrigées en 2016[217].

---

[216] C. com., ancien art. 631, aujourd'hui art. L. 721-3 (al. 4) : « les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées ».

[217] Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle » : JCP* G 2016, n° 1295 ; *La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil : JCP* G 2014, n° 492.

Encart 5

Les sources nationales françaises du droit de l'arbitrage

ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
• Code civil – Art. 2059 et 2060 : Principe de validité du compromis et réserve de l'ordre public. – Art. 2061 : Principe de validité de la clause compromissoire dans les relations contractuelles professionnelles. – Art. 506 : Conditions permettant au tuteur d'une personne protégée de compromettre. **• CPC, Livre IV, Titre I « L'arbitrage interne », art. 1442 à 1503.** – Règles du droit « commun » de l'arbitrage, donc de l'arbitrage interne. – Chap. 1er « La convention d'arbitrage », art. 1442 à 1449. – Chap. II « Le tribunal arbitral », art. 1450 à 1461. – Chap. III « L'instance arbitrale », art. 1462 à 1477. – Chap. IV « La sentence arbitrale », art. 1478 à 1496. – Chap. V « L'*exequatur* », art. 1487 et 1488. – Chap. VI « Les voies de recours », art. 1489 à 1503. – Section 1 « L'appel », art. 1489 et 1490. – Section 2 « Le recours en annulation », art. 1491 à 1493. – Section 3 « Dispositions diverses à l'appel et au recours en annulation », art. 1494 à 1498.	Dispositions en principe[218] non applicables dans l'ordre international / pas de dispositions équivalentes. **• CPC, Livre IV, Titre II « L'arbitrage international », art. 1504 à 1527.** – Règles spécifiques au droit de l'arbitrage international. – Art. 1504 à 1506 : dispositions générales. – Chap. I « La convention d'arbitrage international », art. 1507 et 1508. – Chap. II « L'instance et la sentence arbitrale », art. 1509 à 1513. – Chap. III « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international », art. 1514 à 1517. – Chap. IV « Les voies de recours », art. 1518 à 1527. – Section 1 « Sentences rendues en France », art. 1518 à 1524. – Section 2 « Sentences rendues à l'étranger », art. 1525. – Section 3 « Dispositions communes aux sentences rendues en France et à l'étranger », art. 1526 et 1527.

[218] V. toutefois, pour l'article 2061 du Code civil applicable à la clause compromissoire, la jurisprudence *PWC*, V. *infra*, n° 318.

ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
– Section 4 « Recours contre l'ordonnance statuant sur la demande d'*exequatur* », art. 1499 et 1500. • Section 5 « Autres voies de recours », art. 1501 à 1503.	
• **Autres textes annexes :** – *Compétence en matière commerciale :* C. com., art. L. 721-3 (Ord. n° 2006-673, 8 juin 2006, art. 2, V) concernant les critères de compétence des tribunaux de commerce (principe de validité d'une stipulation compromissoire en matière commerciale) ; C. com., art. D. 711-75, R. 711-75-1 et D. 711-15-2. – *En matière de consommation :* C. consom., art. R. 212-2, 9° (clause compromissoire présumée abusive). – *En matière administrative :* C. civ., art. 2060, al. 2, autorisant les établissements publics industriels et commerciaux, par décret, à compromettre. **Mais aussi et entre autres :** – C. minier, art. 146, Charbonnage de France et Houillères de bassin, autorisées à compromettre. – CJA, art. L. 311-6 (dérogations permettant de compromettre) (*adde*, CRPA, art. L. 432-1). – CCP, art. L. 2197-6 (litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux) et L. 2286-1 (litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat). – C. transports, art. L. 2102-6 (SNCF), L. 2111-14 (SNCF Réseau), L. 2141-5 (SCNF Mobilités). – C. Patrimoine, art. L. 112-26, arbitrage par l'État en vue de la restitution d'un bien culturel, avec l'accord du propriétaire, du possesseur ou du détenteur.	• **Textes internationaux :** Conventions de New York, de Washington, de Genève (V. *supra*, n° 48). En principe, non applicables à l'arbitrage international – C. éduc., art. D. 123-9 et s. et C. recherche, art. L. 321-4 : établissements publics d'enseignement supérieur et établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel « en vue du règlement de litiges nés de l'exécution de contrats passés avec des organismes étrangers dans le cadre de leurs missions ». – L. n° 86-972, 19 août 1986, collectivités territoriales, contrats qu'elles concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national.

ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
– CSS, art. L. 932-37, traités de réassurance. – D. n° 68-65, 19 janv. 1968, art. 2, relatif aux événements de mer. – C. énergie, art. L. 517-13, autorisant, par décret, l'État à consentir à une convention d'arbitrage.	

Les sources privées du droit de l'arbitrage

59. – L'art arbitral et la pratique de place. Cette présentation, non exhaustive, du principal cadre conventionnel et législatif applicable en France ne doit pas cacher un pan entier du droit de l'arbitrage qui, sans constituer le droit positif *per se*, en demeure une source majeure, celle des sources privées du droit de l'arbitrage[219]. Dans une matière particulièrement marquée par l'influence de la pratique et des usages[220], ensemble de plus en plus riche, divers et pointu, de sources d'origine privée et institutionnelle et/ou publique, leur caractère supplétif n'enlève rien à leur pertinence et à l'effectivité de leur force juridique. Il est vrai que les droits étatiques, souvent généraux et de plus en plus libéraux, ont, par les nombreuses règles non impératives qu'ils édictent, délibérément confié aux parties, arbitres et centres d'arbitrage la liberté d'administrer et de conduire la procédure, laissant ainsi un certain vide normatif, favorable au développement de règles d'origine non étatique et que la pratique cherche continuellement à combler. Qu'on appelle ou non cet ensemble *soft law*[221], il demeure que le rôle des professionnels dans la création et l'interprétation de ces règles de droit et des usages, puisque ceux-ci se conjuguent souvent au pluriel dans l'arbitrage international, est amplifié par le fait que les conseils, qui plaident et proposent de nouvelles théories, sont aussi souvent à la fois arbitres, appliquant ces mêmes règles et usages, mais aussi membres de centres d'arbitrage et institutions, autres acteurs normatifs dans ce domaine. C'est ainsi que le décret du 13 janvier 2011 réformant le Code de procédure civile a été le fruit de longues consultations entre des groupes de travail, au premier rang desquels figure le Comité français de l'arbitrage (CFA), constitués de professionnels qui avaient eu l'occasion de proposer un texte dix ans avant que la réforme n'aboutisse[222]. De même, la réforme de nombreux règlements

[219]Il faut dire que la doctrine a traditionnellement été réfractaire à admettre la pratique dans la hiérarchie des normes au sein du système juridique civiliste français, plus « guide » que « source » ; V. : *Leçons de droit civil*, t. I, 1er vol., *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, Montchrestien, 8e éd., 1986, nos 96 et s. ; V. aussi : *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXXIV, 1983. C'est aujourd'hui beaucoup moins le cas et l'arbitrage en offre une parfaite illustration : V. les débats retranscrits dans *Le rôle créateur de la pratique dans l'élaboration de la norme juridique*, in *Le rôle créateur de la pratique juridique : Gaz. Pal.* 18 avr. 2013, n° 108, p. 23. – J. Veil, *La circulation des pratiques juridiques, source du droit des affaires : LPA* 27 nov. 2003, n° 237, p. 30. – J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2008, p. 44 et s, 66 et s. ; et V. sur leur caractère normatif, *infra*, n° 68 *in fine*.

[220]P. Mousseron, *Les usages de l'arbitrage : LPA* 13 févr. 2013, n° 32, p. 27.

[221]V. L. W. Newman et M. J. Radine (éd.), *Soft Law in International Arbitration*, Juris, 2014, qui exclut les règlements et énumère, de façon cohérente et systématique, les codes, notes pratiques et lignes directrices édictées par les principales institutions arbitrales dans cinq grands domaines : la rédaction des clauses d'arbitrage, l'organisation générale de la procédure, l'éthique et la conduite des arbitres et conseils, la phase de production de documents et enfin la rédaction des sentences.

[222]L. Degos, *L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation*, in Th. Clay (ss dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage, Actes du colloque du 28 février 2011*, Lextenso, 2011, p. 25, spéc. p. 47 et s. ; la prétendue

d'arbitrage à vocation internationale, et notamment celui de la Chambre de commerce internationale (CCI) en 2012, 2017 et finalement 2021[223], a impliqué des groupes de travail allant bien au-delà de l'institution elle-même, afin notamment d'emporter la plus grande adhésion possible. Cette « classe juridique », pour emprunter à Jean Carbonnier une formule dépassant le cadre arbitral, est « à la charnière entre la production et l'application du droit »[224].

60. – Une pratique internationale. Au-delà de la France, il existe une réalité sociologique et véritablement transnationale : les membres de la communauté arbitrale internationale, en dépit de leur différence de culture juridique, qu'il ne faut pas nier, et face au caractère parfois succinct de certaines règles légales, ont fait naître une série d'usages et s'efforcent de dégager ensemble des standards et modes de résolution de litiges internationaux prévisibles, bien que non encore harmonisés[225]. Comme on a pu l'écrire[226], « habilement utilisée, entre les bonnes mains, la machine (arbitrale) peut produire des résultats précis et justes (…). L'arbitrage est la pratique d'une discipline exigeante par une communauté d'experts procéduraux. Elle est entièrement dépendante de la bonne volonté et de la coopération humaines ». À une époque où la confection du droit se veut de plus en plus souple et collaborative, le droit de l'arbitrage, comme matière qui tente de s'autoréguler, semble donc avoir été sinon précurseur, du moins un exemple utile. Il ne fait donc aujourd'hui aucun doute qu'il existe, à côté des sources législatives, conventionnelles et jurisprudentielles, de véritables normes non étatiques de l'arbitrage formées par des professionnels et des institutions privées, parfois même publiques, qui, sans faire œuvre de codification, tentent de proposer régulièrement des textes, règlements et chartes : leur ambition est d'offrir, notamment dans la pratique et la gestion de la procédure arbitrale, un « tronc commun »[227] ou du moins un cadre normatif, à la fois souple mais dont le poids – non contraignant – s'impose paradoxalement, de fait, de plus en plus. Plus encore qu'avocats et magistrats qui font de la jurisprudence une « œuvre commune », arbitres et conseils de l'arbitrage, dont les casquettes changent souvent au gré des dossiers, contribuent à la construction d'un cadre procédural normatif cohérent et dynamique[228].

61. – Le rôle moteur de la CNUDCI. La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), organe subsidiaire de l'Assemblée générale créée par sa résolution 2205 (XXI) en date du 17 décembre 1966 et qui vise, par adhésion ou consensus, à améliorer le cadre juridique du commerce international en

---

« influence » du CFA sur la jurisprudence de la Cour de cassation est même remontée jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme : V CEDH, 5e sect., 3 mai 2018, n° 58986/13, *SPRL Projet Pilote Garoube* c/ *France* (V. communiqué de presse CEDH 157, 25 avr. 2018).

[223]Le règlement d'arbitrage est celui de 2012, révisé en 2017, en vigueur à compter du 1er mars 2017, révisé nouvellement en 2020, en vigueur à compter du 1er janvier 2021 ; V. *New 2021 Rules at the ICC, after the LCIA, and before the SIAC* (www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/new-2021-rules-at-the-icc-after-the-lcia-and-before-the-siac ; www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b26426b3-446f-45bd-815b-0833503248ed).

[224]*Droit et passion du droit sous la Ve République*, préc., p. 66.

[225]P. Tercier et N.-H. Tran Thang, *Du choc des cultures en arbitrage international (Quelques réflexions)*, *in* Nassib G. Ziadé (éd.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015, spéc. p. 174, 175 et 181.

[226]N. Andrews, *The Roebuck Lecture 2017, Improving Arbitration : Responsibilities and Rights : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* nov. 2017, vol. 83, Issue 3 (*Chartered Institute of Arbitrators*), p. 330, spéc. p. 351.

[227]Y. Derains, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2005, p. 781, spéc. p. 802.

[228]D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris 2, ss dir. Y. Loussouarn, 1992 ; V. aussi : E. Loquin, *La réalité des usages du commerce international : RID éco.* 1983, p. 163.

élaborant des textes internationaux à caractère législatif et non législatif[229], s'est très tôt penchée sur l'utilité et l'utilisation accrue de l'arbitrage en lien avec « un large développement du commerce international ». C'est dans ce cadre qu'a été élaborée une loi-type destinée à aider les pays à moderniser et réformer leurs législations sur le droit de l'arbitrage commercial international[230]. Cette loi-type[231] et consensuelle est le fruit d'un compromis mondial sur les aspects fondamentaux de la pratique de l'arbitrage international acceptés par des États de toutes les régions et des différents systèmes juridiques ou économiques du monde. La loi-type fournit des recommandations sur de nombreux aspects de l'arbitrage, dans et hors de la procédure, y compris s'agissant de l'étendue de l'intervention du tribunal étatique et de l'annulation, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale. La première version ayant été adoptée le 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations unies a révisé la loi-type en 2006 pour adapter les dispositions « aux pratiques actuelles du commerce international et aux méthodes modernes de conclusions des contrats » : conditions de forme de la convention d'arbitrage modernisées, régime des mesures provisoires plus complet. Les États demeurent libres de décider de s'en inspirer et dans quelle proportion la loi-type sera intégrée dans leur droit. En pratique, signe du succès de ce modèle, plus de quatre-vingt États ont adopté leurs textes législatifs en tenant compte de la loi-type CNUDCI[232], certains comme le Québec en 1994, l'Allemagne en 1996 ou Bahreïn en 2015, l'ayant « copiée-collée » ou presque, en faisant fi notamment de la distinction entre arbitrage interne et international. Au-delà de l'impulsion législative qu'elle insuffle pour faire adhérer un maximum d'États à une certaine philosophie de l'arbitrage international, et même interne, on retrouve cette force de proposition arbitrale de la CNUDCI sur un plan plus proche encore de la pratique, notamment par le biais de ses « Groupes de travail » qui rassemblent représentants étatiques et privés pour l'élaboration de nouvelles normes substantielles (par ex. sur le commerce électronique) ou procédurales (sur l'arbitrage).

62. – Règlements d'arbitrage : reflets de la pratique et sources normatives. Un pan entier du droit de l'arbitrage, dont la sociologie est plus malaisée à appréhender mais dont la réalité n'est pas moins importante, relève de l'arbitrage *ad hoc*. C'est dans ce domaine aussi que la CNUDCI a très tôt proposé des textes, à destination des praticiens, moins orientés vers les textes législatifs et les principes généraux de l'arbitrage que sur les modalités pratiques de la conduite d'une procédure arbitrale. Le règlement CNUDCI du 28 avril 1976 a ainsi été élaboré « pour le règlement des litiges nés des relations commerciales internationales, particulièrement par le renvoi au

---

[229]Les textes à caractère législatif de la CNUDCI portent sur la vente internationale de marchandises ; le règlement des différends commerciaux internationaux, mais recouvre aussi bien l'arbitrage que la conciliation ; le commerce électronique ; l'insolvabilité, notamment l'insolvabilité internationale ; le transport international de marchandises ; les paiements internationaux ; la passation de marchés et la construction d'infrastructures ; et les sûretés. Les textes à caractère non législatif comprennent des règles d'arbitrage et de conciliation ; des aide-mémoire sur l'organisation et la conduite des procédures arbitrales ; et des guides juridiques sur les contrats de construction industrielle et les échanges compensés.

[230]J. Paulsson et G. Petrochilos, *UNCITRAL Arbitration*, Kluwer Law International, 2017. – D. Lewis, *The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2016. – Holtzmann et Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989.

[231]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldmann, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., § 203, p. 118.

[232]https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration ; cent seize États et territoires, soit quatre-vingt-cinq pays.

règlement d'arbitrage dans les contrats commerciaux »[233] et résulte inévitablement, à l'image de la loi-type, d'un compromis « diplomatique » en ce qu'il ne cherche pas à promouvoir une quelconque pratique comme optimale ou une certaine conception issue de certains pays. Constitué d'un ensemble de règles spécialement adaptées aux arbitrages *ad hoc*, il a bénéficié de son origine étatique internationale – rattachée aux Nations unies – et a ainsi été visé dans de nombreuses clauses d'arbitrage insérées dans des traités bilatéraux d'investissement conclus depuis des décennies, comme alternative au cadre institutionnel standard qu'est par exemple celui du CIRDI[234]. De ce fait, il a connu et continue de connaître un succès indéniable dans les arbitrages d'investissement, mais aussi pour les utilisateurs de l'arbitrage commercial traditionnel désireux d'échapper aux auspices (et aux coûts) de tel ou tel centre d'arbitrage[235]. Ce règlement a été révisé en 2010 pour s'adapter aux évolutions du commerce international : prise en compte des communications électroniques, « institutionnalisation ». C'est en ce sens que s'est renforcé le rattachement à certaines institutions, notamment la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye, comme autorités de désignation par défaut, de clarification de certaines règles pour plus d'efficacité (sur le calendrier, le contenu pratique des mémoires, l'arbitrage multipartite ou encore les mesures provisoires)[236]. Par le nouveau paragraphe 4 à l'article 1er inséré le 16 décembre 2013, le règlement CNUDCI inclut le « Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ». Ce dernier s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États initié conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs conclus à compter du 1er avril 2014, sauf accord contraire des parties. La CNUDCI a enfin, et dès 1996, proposé un « Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales », mis à jour en 2016 pour s'adapter aux pratiques arbitrales actuelles : il offre un complément fort utile au règlement de 2010[237]. La CNUDCI se penche aussi sur la question de la mise en œuvre d'un règlement spécifique aux procédures accélérées pour les arbitrages *ad hoc*, qui pourrait voir le jour dans les années à venir[238].

63. – De la pratique *ad hoc* à la *soft law* institutionnelle. Fort heureusement, le développement de la pratique de l'arbitrage ne se réduit pas à celui de l'arbitrage *ad hoc*[239], plus difficilement appréhendable, et il est impossible ici de ne pas reconnaître

---

[233]AG ONU, rés. 15 déc. 1976.

[234]N. Horn, *Current Use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the Context of Investment Arbitration : Arb. Int.* 2008, vol. 24, Issue 4, p. 587.

[235]Bien qu'il soit vrai qu'une vingtaine d'institutions offrent d'administrer des arbitrages *ad hoc* soumis au règlement CNUDCI. Il en est ainsi du centre HKIAC de Hong Kong dont l'essor a été pour beaucoup dû à la gestion de ces arbitrages *ad hoc* ou CNUDCI ; V. en ce sens K. Fan, R. Stackpool-Moore et J. El Ahdab, *Un point (de vue) actuel sur l'arbitrage en Chine et à Hong Kong : Toujours un pays, deux systèmes ? : Rev. arb.* 2014, p. 831, sp. p. 836.

[236]À noter qu'en 2019, le Secrétaire général de la CPA a traité trente-neuf demandes dans le cadre de son rôle d'autorité de désignation conformément aux règlements d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et depuis, V. PCA, *Rapport annuel pour l'année 2019* (https://docs.pca-cpa.org/2020/03/7726c41e-online-pca-annual-report-2019-final.pdf).

[237]Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, 2016 ; V. E. Adelus et J. Knieper, *L'impact des modèles législatifs de la CNUDCI en matière d'arbitrage et de médiation ? : RDAI/IBLJ* 2020, n° 4.

[238]P. Shaughnessy, *UNCITRAL Working Group II : Expedited Arbitration Provisions as Stand-Alone Rules, or Appendix and When Should They Apply ? : Kluwer Arbitration Blog* 16 sept. 2020.

[239]À noter que tous les pays ne reconnaissent pas cette forme d'arbitrage, sans doute par crainte que, si une institution ne le supervise pas, c'est un pan entier de la justice qui leur échappera. C'est le cas notamment de la RPC où seul l'arbitrage institutionnel y est essentiellement reconnu ; V. not. : M. J. Moser et J. Choong,

que les institutions et autres centres d'arbitrage privés ont grandement et positivement façonné le droit de l'arbitrage tel qu'il existe aujourd'hui. Ce que l'on appelle l'arbitrage institutionnel[240] – par opposition à l'arbitrage *ad hoc*, en ce qu'un centre est désigné par les parties dans la convention d'arbitrage, avec pour rôle, une fois le litige né, d'organiser l'arbitrage, d'en encadrer la procédure, notamment les délais, de suppléer à la volonté des parties en cas de désaccord, *etc.*, a toujours bénéficié d'une place particulière en droit français. Outre que ce dernier lui a toujours assuré une reconnaissance légale, aujourd'hui visé à l'article 1450, alinéa 2 du Code de procédure civile, la présence, depuis près de cent ans, du siège mondial de la Chambre de commerce internationale (CCI) dans la capitale française a, *de facto*, joué un rôle moteur majeur dans le développement du droit de l'arbitrage en France[241], de sorte qu'il est encore parfois perçu, à tort, comme un centre français plutôt qu'international[242]. Les institutions arbitrales et les associations professionnelles qui se sont formées autour de l'arbitrage représentent aujourd'hui non seulement un poids économique considérable du fait de leur augmentation exponentielle, mais aussi une source normative indiscutable de ce que l'on appelle donc la *soft law* et qui rassemble des règles procédurales[243], produit d'une analyse concertée et minutieuse de praticiens et académiciens, combinés et d'horizons divers, très souvent visées et utiles pour aider à gérer et trancher un litige donné. Or les parties, en faisant le choix de soumettre leur litige à un centre d'arbitrage, choisissent aussi de faire confiance à son règlement, lequel est censé incorporer la philosophie dudit centre et l'expérience tirée des nombreuses procédures arbitrales conduites sous son égide. D'où le fait que certains auteurs autorisés ont qualifié ces règlements de « véritables petits codes de procédure arbitrale »[244] assurant à leur manière le bon déroulement de l'instance.

64. – Le rôle-clé de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). Parmi les institutions et associations les plus importantes, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI[245] tient une place majeure. Son règlement d'arbitrage a été modifié substantiellement en 2012 puis plus légèrement en 2017 et en 2021, dans l'idée de rendre sa lecture à la fois plus abordable et plus minutieuse compte tenu de la complexité croissante des procédures, mais aussi afin de rendre les arbitrages CCI plus rapides, plus souples, plus transparents, plus efficaces,

---

Arbitration in Asia, Oxford University Press, 2011, p. 114 et s.

[240] V. *infra*, n° 138.

[241] E. Jolivet, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958) : Rev. arb.* 2016, p. 403, sp. p. 414.

[242] Perception qui, même si la CCI est bien une association de droit français, tend à s'amoindrir aujourd'hui, compte tenu de l'ouverture de bureaux et d'équipes, d'abord à Hong Kong, puis à New York, Sao Paulo, Singapour et Abu Dhabi.

[243] À noter qu'il existe de nombreuses règles, que l'on intègre dans cette catégorie « souple », qui, bien qu'appliquées dans les arbitrages, touchent bien plus au fond et sont propres au secteur ou un métier concerné : on pense ici, par exemple, aux contrats FIDIC (quatre Livres FIDIC) qui sont des modèles de convention dans les domaines de la conception et de la construction des grands projets internationaux. Au-delà des règles établies par les institutions d'arbitrage, celles-ci peuvent aussi soumettre des mémoires d'*amicus curiae* dans les procédures judiciaires liées aux procédures arbitrales qu'elles administrent et ainsi participer à la confection de la norme juridique. V. par ex. : Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd [2020] UKSC 48 ; Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v Government of Pakistan [2010] UKSC 46.

[244] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 369, p. 199.

[245] À noter que la Cour internationale d'arbitrage (CIA), qui revoit et approuve les projets de sentences rendus par les tribunaux arbitraux constitués selon le règlement de la CCI, n'a pas de personnalité morale propre et est un organe de la CCI, elle-même une association de droit français. Pour autant, la Cour (CIA) ne bénéficie pas moins d'une véritable indépendance, de principe (Appendice 1, art. 1) et dans les faits.

adaptés à leurs temps (électroniques) et plus équitables. Le dernier règlement de la CCI, en vigueur à compter de 2021[246], prévoit divers changements, tels que la généralisation du recours aux procédures dématérialisées, un meilleur encadrement de l'arbitrage multipartite, de plus grandes exigences en matière de transparence (vis-à-vis des tiers financeurs) et d'éthique (à l'égard de nouveaux conseils pouvant créer une situation de conflit d'intérêts), et un recours facilité à des arbitrages simplifiés[247].

65. – Le rôle phare de la CCI dans le développement de l'arbitrage international, et même au-delà, puisqu'elle détient désormais le statut d'observateur permanent à l'ONU, n'est pas usurpé et ne tient pas seulement au volume considérable d'affaires qui y sont chaque année enregistrées[248] : même si des critiques se font encore entendre sur sa lenteur ou sa domination, relatives, la CCI reste l'une des rares institutions[249], si ce n'est la seule, se voulant résolument « internationale » (et non rattachée à une ville, un État ou avec une simple vocation régionale ou sectorielle)[250]. Outre son rôle dans la construction de règles matérielles internationales, comme les INCOTERMS[251], sa contribution est indiscutable *via* le modèle que continue à représenter son règlement d'arbitrage[252], mais aussi les nombreux rapports que publie sa Commission d'arbitrage[253], organe législatif et parallèle à l'organe « juridictionnel » qu'est la Cour internationale d'arbitrage (CIA) de la CCI, sans oublier l'effort ancien, systématique et considérable de publication, le plus souvent anonymisée, de ses sentences arbitrales rendues par les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du règlement CCI et qui doivent être approuvées par la CIA[254].

66. – Les autres centres d'arbitrage français, et d'ailleurs. Le paysage institutionnel français, bien qu'il comprenne une pléthore d'acteurs, souvent régionaux

---

[246]Le nouveau règlement de la CCI est accessible en ligne (est en vigueur depuis le 1er janvier 2021.

[247]Les principaux changements du règlement CCI se trouvent à la fois dans la facilitation d'un déroulement dématérialisé de la procédure et un recours plus aisé aux audiences virtuelles (nouveau Règl., art. 3.1, 4, 5 et 26). La recherche d'efficacité se retrouve aussi dans de nouvelles dispositions relatives à la jonction de parties nouvelles, permettant à des parties additionnelles de se joindre à une procédure arbitrale en cours ou de consolider des procédures impliquant des parties différentes (Règl., art. 7 et 10) et, dans un objectif de réduction de temps et de coûts de l'arbitrage, le règlement de 2021 a permis la mise en place d'une procédure accélérée s'appliquant automatiquement aux demandes d'une valeur allant jusqu'à 3 000 000 USD (seuil rehaussé).

[248]Plus de 25 000 affaires ont été administrées depuis la création de la CCI en 1923 et jusqu'en 2019. En 2020, c'est près de neuf cent cinquante nouveaux dossiers enregistrés, impliquant des parties provenant de près de cent cinquante pays différents. V. *ICC Dispute Resolution Statistics 2019*.

[249]Même s'il est arrivé dans certaines affaires (notamment *Dredging and Maritime Management SA* v. *Inzhtransstroy JSC*, A40-176466/2017, case file at : http://kad.arbitr.ru/Card/e14833d5-67ca-48a9-adff-78c46640dabe) que la Cour suprême dit que la « Cour internationale d'arbitrage » n'est pas une « institution » en tant que telle car non séparable de la CCI.

[250]La Cour est ainsi constituée de plus de deux cents membres désignés principalement par des comités nationaux de près de cent vingt pays, non nécessairement rattachés à des chambres locales. Même si le siège social est à Paris, son Secrétariat est réparti sur quasiment tous les continents avec des bureaux pouvant administrer les dossiers d'arbitrage, outre Paris, à New York, Hong Kong, Singapour, Sao Paulo et Abu Dhabi, mais aussi des équipes francophone, anglophone, sinophone, germanophone, arabophone…

[251]Nouvelles règles INCOTERMS en 2020.

[252]Lequel est désormais complété par la « Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la CCI » dont la dernière version date du 1er janvier 2021.

[253]Parmi les rapports les plus connus, on peut citer : *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (2e éd., 2018) ; *Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration* (2015) ; *Emergency Arbitrator Proceedings* (2019) ; *ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production* (2016) ; *Financial Institutions and International Arbitration* (2016) ; *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic* (2020).

[254]Notamment au *Journal de droit international* (*JDI*) et par le biais d'un recueil de sentences, publié, depuis les années 1970, tous les cinq ans.

et rarement nationaux, à l'exception sans doute du Centre de médiation et d'arbitrage (CMAP) rattaché à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, ou l'Association française d'arbitrage (AFA), mais aussi, sur un plan plus associatif, le Comité Français d'Arbitrage en charge de la parution de la célèbre *Revue de l'arbitrage*, ou encore plus récemment, pour promouvoir la place parisienne comme « Paris, Place d'Arbitrage », est également représentatif du dynamisme, de la diversité et parfois de l'éclatement de l'économie arbitrale en France[255].

En Europe et au-delà, de grands centres ont su s'imposer au tournant du XX^e^ siècle et vu leur volume d'affaires augmenter significativement. Tous, toutefois, contrairement à la CCI, se rattachent à une ville ou ont une portée régionale plutôt qu'internationale. Ainsi, en Angleterre, la *London Court of International Arbitration* (LCIA) a 90 % de ses dossiers rattachés au siège londonien (qui est son siège par défaut)[256]. Son règlement[257], parfois plus détaillé (par ex. sur les soumissions écrites ou les pouvoirs du tribunal), se veut aussi plus souple et efficace[258], et contenant même des dispositions quasi disciplinaires en faveur du tribunal arbitral et à l'encontre de conseils non coopératifs. Si le *German Institution of Arbitration* (DIS allemand)[259] n'est pas en reste, le *Vienna International Arbitration Center* (VIAC), rattaché à la Chambre de commerce de Vienne, dispose d'un volume d'affaires régionales (et non simplement autrichiennes) significatif, impliquant souvent des parties issues de l'Europe de l'Est[260]. De même, le *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) a réussi à s'imposer comme centre de référence pour les litiges en Europe du Nord et ceux impliquant une partie russe[261]. Sur le continent américain, l'*American Arbitration*

---

[255]L. Vignoli, *Paris, place forte de l'arbitrage international : Le Monde* 13 janv. 2016.

[256]En 2019, près de 406 affaires ont été soumises à la LCIA, avec des parties, généralement des entreprises internationales, provenant de 138 pays différents. Le rapport annuel statistiques de 2019 de la LCIA a enregistré 406 affaires, dont 346 ont été soumises aux règles de la LCIA.

[257]Qui a, après la version de 2014, été mis à jour, au 1^er^ octobre 2020 (avec le règlement de médiation). Les nouvelles règles obligent notamment les parties à identifier leur nationalité dans la demande d'arbitrage et la réponse ; réduisent le délai de nomination du tribunal par la LCIA en l'absence de réponse à vingt-huit jours ; obligent les parties à demander un engagement de confidentialité à tous ceux qu'elles impliquent dans l'arbitrage. Elle clarifie les règles relatives à l'arbitre d'urgence, de procédure accélérée et ces règles donnent des pouvoirs au tribunal et à la Cour d'arbitrage de la LCIA d'ordonner la consolidation d'arbitrage LCIA.

[258]Si la LCIA dispose bien, comme la CCI, d'une « Cour », celle-ci n'est compétente que pour les questions de récusation d'arbitres. De même, bien que le règlement ne prévoie pas (encore) de procédure accélérée, il est possible de nommer un arbitre d'urgence (art. 9B) et une constitution accélérée du tribunal (art. 9A). Les statistiques du centre pour 2019 montreraient par ailleurs que le coût moyen d'un arbitrage LCIA serait de l'ordre de 100 000 $, jugé plus/aussi compétitif que d'autres centres (CCI, SIAC ou HKIAC), pour une durée d'environ seize mois (V. *Annual Casework Report 2019* : www.lcia.org/News/annual-casework-report-2019-the-lcia-records-its-highest-numbe.aspx).

[259]Dont le règlement a été modifié en 2018 pour introduire un degré d'efficacité plus grand encore : constitution accélérée du tribunal, démarrage accéléré de la procédure, désignation plus fréquente d'un arbitre unique, incitation transactionnelle, digitalisation accrue… V. M. Wittinghofer, C. Gayer, T. Hertel et N. Kupka, *The DIS Rules of Arbitration of 2018 : Kluwer Arbitration Blog* 15 févr. 2018.

[260]Au 31 décembre 2019, cinquante et une affaires étaient pendantes pour un montant total de 450 millions d'euros (V. *VIAC Statistics 2019 :* www.viac.eu/en/service/statistics). Là encore, le dernier règlement de 2018, outre qu'il permet désormais d'administrer des affaires internes et entend promouvoir l'équilibre hommes-femmes dans les tribunaux, accentue les mesures d'efficacité, en systématisant la gestion électronique des dossiers, en incitant les parties et arbitres (notamment par le biais d'une nouvelle fixation des honoraires) et en développant le recours au règlement de médiation.

[261]L'Institut d'arbitrage de la SCC, reconnu par l'URSS de l'époque comme neutre et qui dispose d'un règlement moderne (datant de 2017) est, avec le SIAC, l'un des premiers centres à avoir lancé le mécanisme de l'arbitrage d'urgence ; V. J. Ragnwaldh, F. Andersson et C. E. Salinas Quero, *A Guide to the SCC Arbitration Rules*, Kluwer Law International, 2019.

Association (AAA), créée en 1926 et dont le volume de dossiers domestiques demeure considérable (notamment en droits du travail, de la construction et de la consommation), a lancé sa branche internationale (ICDR) en 1996, dont le règlement a été modifié en 2014 puis en 2021[262] et qui n'a cessé de se développer, en s'implantant notamment au Moyen-Orient (à Bahreïn) et en Asie (à Singapour). Parmi les institutions asiatiques, les centres *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC)[263] et *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC)[264] jouent désormais un rôle phare dans le développement de l'arbitrage institutionnel sur le continent, le premier drainant souvent les litiges entre une partie chinoise et une partie non chinoise (de sorte à éviter le recours à des institutions purement chinoises, c'est-à-dire de Chine continentale), tandis que la seconde attire beaucoup les litiges opposant une partie indienne à des parties asiatiques ou non asiatiques.

Encart 6

Le volume des dossiers administrés par les principaux centres d'arbitrage[265]

INSTITUTION	2015	2018	2019
CCI (Paris / International)	801	842	869
CIETAC (Beijing / Chine)	1 968	2 962	3 333
CIRDI (Washington / International)	52	56	39
DIS (Berlin / Allemagne)	134	153	110
HKIAC (Hong Kong / Chine)	271	265	308
ICDR/AAA (New York / EUA)	1 063	993	882
LCIA (Londres / Royaume-Uni)	326	317	395
SCAI (Genève/ Suisse)	96	81	95

[262]Ses principales caractéristiques étant, outre des dispositions (devenues traditionnelles) sur l'arbitrage multipartite ou la procédure accélérée (à l'époque innovatrice), des règles affirmant une approche non américaine de la procédure (considérant que les mécanismes propres au droit américain, tels que les *discovery, depositions et interrogatories*, n'étaient pas « appropriés ») (art. 24.10 (version 2021)), prévoyant que la liste institutionnelle (art. 13.6 (version 2021)) primait sur le choix alternatif des parties pour la désignation des arbitres, et prévoyant des règles spécifiques pour les conseils, en matière de confidentialité (art. 25 (version 2021)) et de comportement loyal (art. 18 (version 2021)).

[263]Le règlement d'arbitrage HKIAC de 2013 a été revu en 2018.

[264]Le règlement SIAC de 2016 doit être modifié en 2021.

[265]M. Altenkirch et B. John, *Arbitration Statistics 2019 – How did arbitration institutions fare in 2019 : Global Arbitration News, Baker McKenzie* juill. 2020 (https://globalarbitrationnews.com/how-did-arbitration-institutions-fare-in-2019).

INSTITUTION	2015	2018	2019
SCC (Stockholm / Suède)	181	152	175
VIAC (Vienne / Autriche)	40	64	45
SIAC (Singapour)	271	402	479
PCA (*Permanent Court of Arbitration*)	42	56	49

67. – Si la prolifération de ces centres d'arbitrages participe à l'essor de ce mode de résolution des litiges, on ne peut nier qu'ils évoluent aussi dans un environnement très compétitif[266]. Cette concurrence a déjà pu être dénoncée[267], avec un risque de dérive vers une nouvelle forme de « nationalisme » de l'arbitrage international. Ainsi l'implantation de bureaux locaux par les grandes institutions d'arbitrage (CCI, LCIA, ICDR/AAA, SIAC), répond au souci de se rapprocher d'une demande plus locale. On note aussi l'augmentation de la création de nouvelles institutions arbitrales, souvent soutenues, y compris légalement et financièrement, par les gouvernements locaux, comme au Vietnam, en Thaïlande ou à l'île Maurice. De même, s'il est vrai aussi que des chambres locales se sont lancées dans des « programmes ambitieux d'internationalisation », comme le CAM-CCBC au Brésil et le Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur (récemment rebaptisé « Centre asiatique d'arbitrage international ») qui semblent ainsi et *a priori* promouvoir l'arbitrage international, cette tendance n'éclipse pas un double écueil : le risque parfois porté à la neutralité des centres et celui lié aux abus en raison de l'absence de réglementation et de contrôle public. Une piste de sortie a été proposée vers plus d'autorégulation et une « coopération interinstitutionnelle »[268]. Dans cette même logique coopérative, et de manière plus ancienne, la Fédération internationale des institutions d'arbitrage commercial (IFCAI), créée en 1985[269] dans le but d'établir et de maintenir des relations permanentes entre les institutions d'arbitrage commercial, en favorisant l'échange d'informations entre les centres, en encourageant ce mode de résolution des litiges, *etc.*, reste encore trop peu influente en raison notamment du climat compétitif entre les différents centres arbitraux. Pourtant, des crises mondiales telles que l'épidémie de Covid-19 ont amené ces institutions à collaborer afin d'y répondre en ordre moins dispersé et de manière plus efficace[270], en promouvant d'une seule voix les vertus de l'arbitrage international, en assurant la pérennité (virtuelle) de ce mode de résolution

---

[266]Au sujet d'un « marché » de l'arbitrage, V. *infra*, n° 112.

[267]V. J. Ballantyne, *Mourre warns against « nationalisation » of arbitration : GAR* 13 sept. 2019.

[268]V. l'initiative du président du SIAC (G. Born) en décembre 2017, pour l'heure peu suivie, proposant aux autres centres un *Cross-Institutional Protocol* afin de mieux gérer des conflits de compétence entre centres (www.siac.org.sg/component/content/article/69-siac-news/551-proposal-on-cross-institution-consolidation-protocol).

[269]V. http://www.ifcai-arbitration.org/ifcai-members ; V. aussi L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, *Fédération internationale des Institutions d'arbitrage commercial : Rev. arb.* 1987, p. 408 et s.

[270]V. *Arbitration and Covid-19*, joint statement, 27 avr. 2020 (https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf).

des litiges, sa stabilité et sa prévisibilité, et en veillant à ce que les affaires puissent être traitées sans retard injustifié. Ainsi, presque tous les principaux centres ont cherché à s'assurer que l'utilisation efficace des technologies numériques soit intégrée à leur règlement ou pratique institutionnelle, afin de permettre un travail à distance systématique et encourager les parties et les arbitres à discuter en amont de la répercussion de la pandémie sur la gestion de l'arbitrage[271].

68. – Autres institutions arbitrales. Enfin, il convient de présenter des organisations arbitrales qui, sans être des centres à proprement parler et donc à vocation « administrative », n'en sont pas moins des acteurs essentiels dans la production des normes arbitrales internationales et dans la pratique arbitrale, source alternative indiscutable dans cette matière grandement tournée vers le monde professionnel. Il en va ainsi du *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb), l'une des plus vieilles institutions d'arbitrage au monde, aux apparences encore très britanniques mais résolument internationale avec des branches (plus de quarante) dans toutes les parties du monde (16 000 membres provenant de près de cent cinquante pays), et dont le cœur de l'activité est tourné vers la formation, outre les nombreux codes et règlements édictés par cet institut et qui sont parfois utilisés à titre pratique, pour encadrer, par exemple, le processus d'échanges avec un arbitre potentiel, ou encore offre un éventail de ressources, notamment des conseils, un soutien, des avis, des possibilités de réseautage et de promotion, ainsi que des installations pour les audiences, les réunions et autres événements[272]. Une autre institution professionnelle, également basée à Londres, doit être ici mentionnée : l'*International Bar Association* (IBA). Créée en 1947, regroupant plus de 80 000 membres (avocats, mais aussi firmes et barreaux) dans cent soixante-dix pays, elle se veut la « voie globale de la profession d'avocat » (et le pendant anglophone de la plus ancienne « Union Internationale des Avocats »). La parution de nombreuses « règles » de bonnes pratiques sous l'égide de l'IBA a également permis une certaine convergence entre des systèmes nationaux qui parfois s'entrechoquent à l'occasion de litiges internationaux et que les praticiens ont entrepris de concilier, si ce n'est d'harmoniser. Ce fut d'abord le cas, avec les « Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international », dont la dernière version de 2010 est disponible dans près de vingt langues différentes, en matière de normes et standards probatoires : le droit, la place et les modalités de la preuve pouvant considérablement différer d'une culture juridique à l'autre, l'entreprise de conciliation paraissait ardue, mais nécessaire pour finalement rencontrer un vif succès. Outre leur utilisation désormais fréquente dans les arbitrages internationaux, la réalité de ce succès en France par le fait que les techniques anglo-saxonnes de contre-interrogatoires, visées par ces règles, se sont propagées, y compris pour les arbitrages internationaux mais francophones. Sans parler du fait que la jurisprudence française et étrangère les a déjà consacrées, en reconnaissant leur utilité, voire leur caractère normatif[273]. Il faut également mentionner le fait que l'IBA a également su développer des lignes directrices

---

[271] V. *infra*, n[os] 1246 et s.

[272] V. www.ciarb.org/resources.

[273] V. CA Paris, 28 févr. 2017 : *Cah. arb.* 2017, p. 116 ; V. plus gén. J. Jourdan Marques, obs. not. sous Paris, 5-16, 23 févr. 2021, n° 18/03068, *LERCO* : Dalloz Actualités, 30 avr. 2021 ; *idem* aux États-Unis : *New Regency Prods, Inc.* v. *Nippon Herald Films, Inc.*, 501 F. 3d 1101, 1108 (9th Circ. 2007) ; *Applied Indus. Materials Corp. (AIMCOR)* v. *Ovalar Makine Ticaret Sanayi*, 2006 WL 1816383 (S.D.N.Y.), aff'd, 492 F. 3d 132 (2d Circ. 2007) ; V. aussi en Autriche : décision du 17 juin 2013, 2 Ob 112/12b (*Austrian Oberster Gerichtshof*) ; et en Suède : Judgment of 19 November 2007, *Jilken* v. *Ericsson AB*, 2007 : 5 Stockholm Int'l Arb. Rev., 167 (Swedish S. Ct.) ; en Belgique, V. Cour d'appel Bruxelles, 29 oct. 2007, *République de la Pologne (Poland)* v. *Eureko BV*.

en matière de conflits d'intérêts des arbitres et de représentation des parties dans les arbitrages[274]. Qu'il s'agisse de *soft law*, de normes ou de règles, ces instruments ont un poids indéniable dans un domaine arbitral, où un rapport a récemment été publié afin d'examiner la réception de ces instruments dans le monde de l'arbitrage international[275]. Il y a été constaté que les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international sont l'instrument de *soft law* le plus fréquemment cité en arbitrage, suivies des règles de preuve puis des lignes directrices relativement nouvelles sur la représentation des parties.

69. – *Soft law* et éthique arbitrale. Au-delà des règlements d'arbitrage ou des travaux de la CNUDCI, qui procèdent, indirectement, des sources étatiques, un très grand nombre d'institutions privées, institutions d'arbitrages érigées en centres d'arbitrage ou associations professionnelles, développent par ailleurs divers outils, en nombre et en type considérables. Ainsi, l'association « Paris place d'arbitrage » propose les *Paris arbitration rules*, règlement d'arbitrage *ad hoc* à la manière du règlement d'arbitrage de la CNUDCI[276]. Surtout et comme déjà indiqué, l'*International Bar Association* a développé de nombreuses « règles », présentées sous forme de lignes directrices, comme les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, réformées en 2010[277], retouchées en 2020[278], ou les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international de 2014. Ces règles instituent une *soft law* de l'arbitrage international[279], un ensemble sous forme de « code mou » plus exactement, dont l'importance se manifeste lorsqu'elles sont appliquées, notamment par un arbitre ou un juge étatique, sans qu'elles aient été nécessairement introduites dans une convention d'arbitrage, un règlement d'arbitrage, un acte de mission ou même envisagées dans des écritures des parties ou par les arbitres, de telle manière que ces règles accèdent alors à un niveau de normativité par voie d'usage[280], d'habitudes prises par les arbitres, notamment en l'absence de toute règle matérielle internationale. Il en résulte l'apparition d'une forme d'éthique arbitrale[281], policée par ces règles, et ce quand bien même la profession d'arbitre, quoique constatée, n'a pas d'existence juridique particulière, notamment autour des exigences d'indépendance et d'impartialité et de conduite de l'instance arbitrale. Ce bloc éthique est constitué par exemple des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans

---

[274]V. Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des Parties dans l'arbitrage international (2013) ; Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (2004).

[275]Le rapport de 2016 a été produit par un sous-comité de cent vingt personnes du Comité d'arbitrage de l'IBA comprenant un groupe de pilotage composé de praticiens de onze pays différents. Il repose sur une enquête faite de trente-cinq questions qui a été distribuée aux praticiens de l'arbitrage dans le monde entier. V. *Report On The Reception of The IBA Arbitration Soft Law Products*, 16 sept. 2016.

[276]*Cf.* Ph. Pinsolle et M. Polkinghorne, *The Paris Arbitration Rules : Cah. arb.* 2013, p. 747.

[277]*Cf.* D. Bensaude, *Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve : Rev. arb.* 2011, p. 1109. – J. Gill, G. S. Tawl et R. Kreindler, *The 2010 Revisions on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration : Cah. arb.* 2011, p. 23.

[278]*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, adoptées par une résolution du Conseil de l'IBA le 17 décembre 2020 et publiées le 17 février 2021.

[279]*Cf.* D. Mainguy, *L'apport du juge, de l'arbitre et du médiateur dans l'effectivité de la Soft Law*, *in* F. Osman et M.-C. Rigaud (ss dir.), *La Soft Law et le droit du commerce international*, LexisNexis, 2018, Chap. 15. – G. Kaufmann-Kohler, *Soft law in International Arbitration : Codification and Normativity : Journal of International Dispute Settlement* 2010, p. 1. – M. de Boisséson, *La Soft Law dans l'arbitrage : Cah. arb.* 2014, n° 3, p. 519.

[280]*Cf.* P. Mousseron, *Les usages de l'arbitrage : LPA* 13 févr. 2013, p. 27.

[281]Comp. G. Keutgen (ss dir.), *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2011. – L. Aynès, *L'éthique du droit de l'arbitrage*, *in* J.-B. d'Onorio (ss dir.), *L'éthique du droit des affaires*, P. Téqui, 2008, p. 51. – C. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

l'arbitrage international, ou bien encore de la Charte d'éthique de la Fédération des centres d'arbitrages[282] ou le Code d'éthique de l'*American Arbitration Association* et de l'*American Bar Association*, et bien d'autres, qui constituent autant de règles susceptibles d'être suivies spontanément par les arbitres.

Enfin, en termes de *soft law*, il ne faudrait pas oublier de citer la doctrine qui permet, sans avoir une influence directe sur la décision des juges, de les éclairer sur leurs décisions[283]. La doctrine permet d'illustrer la situation d'ensemble, elle permet de participer aux pensées juridiques des acteurs qui prennent les décisions, et participe entièrement à l'élaboration d'un système de droit[284], en diffusant des expériences, originales ou non, étrangères et comparées et ainsi, ouvrant la voie vers des solutions nouvelles.

Encart 7

Les principaux systèmes arbitraux dans le monde

70. – Une conception de l'arbitrage international, entendue comme le fait que de nombreux systèmes juridiques dans le monde, regroupés autour de quelques socles communs – des principes, comme l'autonomie de la clause compromissoire ou le caractère restrictif des recours possibles contre la sentence, ou encore des instruments « universels », tels que la Convention de New York –, converge vers une même acception de ce que serait ce mode de règlement des litiges, mondialisé, et comment ses mécanismes devraient fonctionner selon une pratique qui serait un compromis entre la culture juridique civiliste et la *common law*. La réalité, cependant, est parfois éloignée de cette proposition. D'abord, la pratique de l'arbitrage international dans un pays donné reste très influencée par la pratique judiciaire locale et, dans chaque pays, l'arbitrage interne continue d'être considéré comme une exception limitée à la compétence des tribunaux locaux, même s'il est vrai que l'influence de l'arbitrage international fait reculer cette perception[285]. Ensuite, s'il y a sans doute convergence, notamment par le biais de l'influence de la loi-type CNUDCI, il n'y a pas uniformité, ce qui contribue d'ailleurs à la richesse du droit de l'arbitrage. Toutefois, on peut observer d'une forme d'homogénéité moderne et, après des décennies de relative hostilité de principe, législations et jurisprudence des États se sont multipliées, par vagues successives depuis les

---

[282]www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/CHARTE%20D%20ETIQUE%20DE%20LA%20FEDERATION%20DES%20CENTRES%20D%20ARBITRAGE.pdf, très peu utilisée en France.

[283]E. Silva Romero, *Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : Rev. arb.* 2005, p. 421.

[284]D. Tricot, *L'influence de la doctrine sur la Cour de cassation*, in *Mél. en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 877, E. Loquin, L'apport de la doctrine à la science juridique dans l'arbitrage international, in F. Osman et C. Yildirrim (ss dir.), Où va l'arbitrage international, LexisNexis, 2017, p. 23 et s.

[285]E. Gaillard et J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 1-4.

années 1990, pour reconnaître un statut favorable à l'arbitrage et conférer un cadre stable à cette justice alternative.

Outre le « modèle » français, au cœur de cet ouvrage, d'autres méritent d'être mentionnés , soit parce que leur système juridique offre un cadre accueillant et attractif à l'arbitrage – une législation moderne, un système et une jurisprudence favorables, une ou plusieurs institutions établies et reconnues, une communauté de praticiens assurant une offre d'arbitrage riche et de qualité[286] – soit parce que ce modèle est reconnu comme tel (et comme place financière), dans la zone ou le bloc géographique considéré, notamment en raison du phénomène de régionalisation de l'arbitrage. On dressera donc un panorama non exhaustif de ces systèmes auxquels il sera fait parfois référence dans ce manuel, pour en donner un rapide aperçu comparatif, même si leur attractivité n'est pas toujours égale.

71. – Le « modèle » anglais en premier a toujours cherché à concilier modernité et traditionalisme juridiques, et on peut penser que, après le Brexit (V. *infra*, Encart n° 39, ss n° 1126), cette tendance va demeurer. Le Royaume-Uni avait développé un système ambivalent, à la fois accueillant – historiquement, les premiers et grands arbitrages commerciaux maritimes se déroulaient et se déroulent encore à Londres – et parfois très méfiant, vis-à-vis de l'arbitrage. Ainsi, jusqu'en 1979, il existait[287] un véritable contrôle *a posteriori* des sentences, qui demeure[288], malgré la modernité de l'*Arbitration Act* de 1996 inspiré de la loi-type CNUDCI[289], encore d'une certaine manière. Aujourd'hui, il ne fait guère de doute que le droit anglais de l'arbitrage figure parmi les plus attractifs au monde, en raison du caractère exhaustif de la loi de 1996, de la qualité de son système judiciaire, d'un marché du droit (cabinets, *sollicitors*, *barristers*…) pléthorique, d'une institution, la LCIA, qui a, en l'espace de trente ans, émergé mondialement pour être perçue comme la deuxième du monde, et du fait (tout simplement) qu'on y parle anglais[290]. En 2018, des statistiques sur la possibilité d'annuler ou de renvoyer une sentence arbitrale devant le juge anglais[291] montraient que le seuil d'exigence fixé par le juge anglais est aujourd'hui extrêmement élevé et les chances d'annuler, de réviser ou de renvoyer à un tribunal arbitral une sentence arbitrale, demeurent très limitées[292]. Il reste que l'approche anglaise, qui ne manque pas d'ouverture,

---

[286]V. en ce sens les *London Principles*, élaborés sous l'égide du CIArb : *A framework for evaluating the best arbitral seats*.

[287]*Arbitration Act* 1950, Chap. 2.

[288]V. *Arbitration Act* 1996 spécifiquement l'article 67 (*Challenging the award : substantive jurisdiction*), l'article 68 (*challenging the award : serious irregularity*) et l'article 69 (*Appeal on point of law*) : V. *infra*, n° 1499.

[289]V. à ce sujet, B. Harris, R. Planterose et J. Tecks, *The Arbitration Act 1996 : a commentary*, Wiley-Blackwell, 5e éd., 2014.

[290]N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and hunter on international arbitration – Student Version*, Oxford, 6e éd., 2018.

[291]V. par ex. : High Court of Justice, Queen's Bench Division, n° CL-2020-000148, *Doglemor Trade Limited et al.* v. *Caledor Consulting Ltd et al.*, 4 déc. 2020 : la cour londonienne a ordonné à un tribunal arbitral LCIA de réviser sa sentence dans un litige opposant deux hommes d'affaires russes après avoir refusé de corriger une « erreur de calcul » qui a entraîné l'octroi de 58 millions de dollars de dommages et intérêts, au lieu de 4 millions.

[292]*Commercial Court Users' Group Meeting Report*, mars 2018. Le rapport indique que, en 2017, les demandes d'appels (fondées sur l'article 69 et l'article 68) relatives à des sentences arbitrales représentaient environ 30 % du total des recours ; parmi les appels fondés sur l'article 69 de la loi sur l'arbitrage de 1996, uniquement dix

peut être très conservatrice, notamment par rapport au droit français, sur de nombreux sujets, dont l'approche conflictualiste, la non-reconnaissance d'une sentence annulée au siège ou encore les non-signataires, la question du droit applicable à la convention d'arbitrage, celle de son extension, *etc.*[293]. Il a longtemps influencé d'autres pays de tradition anglo-américaine, appartenant ou ayant appartenu au *Commonwealth*, comme Singapour, Hong Kong ou l'Australie, qui disposent désormais d'un droit de l'arbitrage autonome et d'une communauté influente en Asie-Pacifique, et encore aujourd'hui en Inde, où l'arbitrage commercial (et d'investissement) *ad hoc* est très pratiqué.

72. – Précisément, dans la zone sud-asiatique, il est difficile de ne pas mentionner deux « modèles » anglo-saxons. D'abord, la cité-État de Singapour, également *hub* financier, s'est indiscutablement imposée comme l'une des rares places d'arbitrage incontournables sur le vaste continent, grâce aux efforts combinés du gouvernement qui a mené une politique ambitieuse et directive, notamment *via* une loi imposante de 2002[294] (récemment réformée en 2017 et 2020) et un système dual, dont le régime international est inspiré de la loi-type CNUDCI, et qui a déployé de longs efforts pour assurer l'indépendance de son système judiciaire et investi des sommes considérables pour faire émerger son institution nationale, le SIAC, parmi les plus performantes du monde, sans compter une classe juridique importante et de haut niveau. Son succès, longtemps fondé sur des utilisateurs principalement indiens (et chinois), dépasse aujourd'hui la région et inclut des litigants européens, russes et même arabes. Ses dernières réformes ont eu pour objectif de valider le recours aux tiers financeurs, autrefois interdits, d'améliorer l'efficacité de la constitution d'un tribunal et des décisions d'un arbitre d'urgence et de renforcer la confidentialité de l'arbitrage.

L'autre grande place arbitrale (et financière) asiatique, également fondée sur un droit de *common law*, est Hong Kong, autrefois dominante et même exclusive, mais sur laquelle la mainmise grandissante de la Chine continentale continue d'alimenter une crainte quant à son attractivité et la fin du principe « un pays, deux systèmes »[295]. Là encore, son émergence, amorcée plus tôt dans les années 1980, s'appuie sur un solide droit de l'arbitrage, fondé d'abord sur une loi (*Ordinance*) ancienne mais refondue en 2010 (Cap. 609, entrée en vigueur en juin 2011, pour abolir, sur le modèle de la loi-type, la distinction arbitrage interne/international et plus récemment pour permettre le financement par les tiers) et très favorable à la reconnaissance des sentences et à leur efficacité (notamment *via* un accord spécial conclu avec la Chine continentale,

---

demandes sur les cinquante-six émises furent accordées et un seul appel sur ces dix a abouti. Pour les appels fondés sur l'article 68 (irrégularité procédurale), aucune demande n'a abouti sur les quarante-sept émises ; pour une illustration : *National Trust* v. *Fleming* [2009] EWHC 1789 (Ch).

[293]V. not. *Dallah* v. *Pakistan*, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46 et *Kabab-Ji SAL* v. *Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6 (20 janv. 2020) : deux affaires portées à la fois devant les tribunaux anglais et français et au sujet desquelles les deux côtés de la Manche ont adopté des approches différentes ; plus généralement, V. *infra*, n° 460.

[294]L'*International Arbitration Act* singapourien (Chap. 143A), de 2002. Cette loi singapourienne a été modifiée en 2020 ; V. aussi, *Arbitration in Singapore*, *in* J. Choong et M. Mangan, *A guide to the SIAC Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2e éd., 2018, p. 1-18, spéc. p. 2, § 1.04.

[295]K. Fan, R. Stackpool-Moore et J. El Ahdab, *Un point (de vue) actuel sur l'arbitrage en Chine et à Hong Kong : Toujours un pays, deux systèmes ? : Rev. arb.* 2014, p. 831.

de juin 2000 et récemment complété par un accord de 2020). L'autre grande clé du succès est la création d'un centre dédié – le HKIAC – à l'initiative d'une communauté de praticiens et du gouvernement local, ce qui a permis de garantir son indépendance de par la loi et d'agir comme autorité de nomination dans de nombreux arbitrages *ad hoc*. La Chine continentale[296], qui ne reconnaît que rarement les arbitrages non institutionnels, n'est pas en reste, surtout sur le plan quantitatif, avec sans doute le plus grand volume d'affaires au monde, et ses nombreux centres appelés « Commissions », dont la principale, CIETAC, a fait l'objet, à partir des années 2010, d'une scission en faveur des grandes villes du pays, notamment SHIAC (Shanghai) et SCIA (Shenzhen), sans oublier les autres centres comme BIA/BIAC (Pékin), ou GZAC (Guangzhou). Qualitativement, la loi du 31 août 1994 (entrée en vigueur le 1er septembre 1995) n'a pas encore fait l'objet d'une vaste réforme, mais continue de favoriser et sécuriser davantage l'efficacité de l'arbitrage. Même si les statistiques semblent montrer que les sentences, y compris étrangères, sont souvent reconnues contre des parties chinoises, la parfaite neutralité des nombreux centres chinois et la possibilité de tenir des audiences autrement qu'en mandarin ne vont pas de soi. Le recours aux arbitrages d'investissement y reste encore exceptionnel.

73. – S'agissant du continent américain, et notamment des États-Unis[297], le *Federal Arbitration Act* (FAA) de 1925, très libéral et fondé sur l'autonomie de la volonté, a très tôt reconnu l'arbitrage comme un mode alternatif de règlement des litiges à part entière, une alternative, réelle et encouragée, à la lourdeur de la machine judiciaire américaine. Là encore, le succès de l'arbitrage dans ce pays s'explique par la triple combinaison d'un système judiciaire, fédéré comme fédéral, convaincu des vertus de l'arbitrage, d'une place financière internationale – New York, où l'arbitrage est particulièrement développé[298], ou Miami, qui a réussi à capter de nombreux arbitrages sud-américains, au contraire de la Californie (plus réservée à l'égard de l'arbitrage) – et un centre d'arbitrage – l'*American Arbitration Association*, vieux d'une centaine d'années et établi sur tout le territoire – qui sont autant de facteurs ayant permis l'affirmation des principes libéraux du FAA. Cette loi, divisée en trois chapitres, comprend d'abord des principes cardinaux comme la validité d'une convention d'arbitrage, ou la suspension des procédures étatiques lorsqu'un arbitrage est entamé, mais aussi des développements sur la Convention de New York de 1958 et l'application de la Convention interaméricaine de 1975 (respectivement ajoutés en 1970 et 1990). Il y a ici une différence d'approche par rapport aux systèmes européens : tandis que ces derniers tendent à rapprocher procédure arbitrale et procédure étatique, en mettant l'accent sur l'aspect plus juridictionnel de l'arbitrage, le modèle américain favorise l'aspect conventionnel

---

[296] W. Sun et M. Willems, *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015.

[297] Qui éclipsent souvent le Canada, dont le droit fédéral de l'arbitrage et les droits fédérés sont pourtant très favorables à l'arbitrage : V. Cl. Thomson, A. Finn, *International Commercial Arbitration : A Canadian Perspective : Arbitration International,* Vol. 18, n° 2, juin 2002, p. 205. – Th. E. Carbonneau, *L'arbitrage en droit américain : Rev. arb.* 1988, p. 3. – W. W. Park, *La jurisprudence américaine en matière de « class arbitration » : entre débat politique et technique juridique : Rev. arb.* 2012, p. 507.

[298] J. H. Carter et J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford University Pres, 2e éd., 2016.

et alternatif de l'arbitrage[299]. Certes, il existe des différences majeures avec le droit français (notamment s'agissant de l'application du principe compétence-compétence ou encore de l'arbitrabilité en droit de la consommation ou du travail), mais les États-Unis ne sont en fait que plus libéraux (par exemple sur les questions de non-signataires ou même de reconnaissance de sentences annulées au siège), sauf peut-être s'agissant du principe compétence-compétence. Un autre pays américain, le Brésil, mérite ici d'être mentionné, tant l'arbitrage, avec son économie, y a décollé depuis vingt ans[300], dont la loi fédérale 9-307 de 1996 (modifiée en 2015), inspirée de la loi-type CNUDCI (et ne distinguant pas droits interne et international), ainsi que la décision de 2001 de la Cour suprême déclarant constitutionnelles la clause compromissoire et la ratification de la Convention de New York en 2002, ont marqué un tournant dans l'essor arbitral de la plus grande juridiction d'Amérique latine, est désormais perçu comme le meilleur exemple de succès qualitatif et quantitatif de l'arbitrage contemporain[301].

74. – Sur le continent européen, outre les systèmes suédois et autrichiens[302] qui se sont imposés comme des places régionales alternatives à la France et l'Angleterre, notamment et respectivement pour les litiges impliquant une partie russe et pour ceux relatifs aux parties d'Europe de l'Est, et qui disposent de lois, de centres régionaux et d'un système judiciaire notoirement favorable à l'arbitrage[303], on ne peut ignorer l'autre grand modèle continental que propose le droit suisse. Bénéficiant de tout temps d'une image de neutralité (Genève accueillant le siège de nombreuses institutions internationales, comme l'OMC, le WIPO et d'autres rattachées aux Nations unies), la Suisse a longtemps été une place forte et attractive de l'arbitrage international, étant, concomitamment avec la France, l'un des premiers pays à se doter d'un droit moderne de l'arbitrage international[304] (en admettant par exemple, la renonciation anticipée

---

[299]A. Scott Rau et C. Pédamon, *La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain : Rev. arb.* 2001, p. 451.

[300]V. A. Abbud, D. Levy et R. F. Alves, *The Brazilian Arbitration Act : A Case Law Guide*, Kluwer Law International, 2019.

[301]Ainsi, la principale chambre brésilienne, la Cour d'arbitrage et médiation de la Chambre de commerce Brésil-Canada (CAM-CCBC) a révélé que, pour 2019, elle avait enregistré près de cent nouvelles affaires (pour un total de plus de 400 dossiers et des montants en litige de 20 Md$ administrés).

[302]On pourrait également citer les droits allemand, italien ou espagnol qui s'imposent doucement dans le paysage arbitral européen, mais dont le recours, à l'image de leur centre-phare (respectivement : la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.v.* [DIS], la *Camera Arbitrale di Milano* et le *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* [CIAM] qui est le résultat de la fusion récente entre trois centres, la Cour d'arbitrage de Madrid [CAM], la Cour civile et commerciale d'arbitrage [CIMA] et de la Cour espagnole d'arbitrage) reste encore plutôt national qu'international.

[303]V. not. en droit autrichien : A. Reiner, *La réforme de droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006 : Rev. arb.* 2006, p. 401 ; *Arbitration Law in Austria, Practice & Procedure*, by S. Riegler, A. Petsche, A. Fremuth-Wolf, M. Plate et Ch. Liebscher (éd.), Juris, 2e éd., 2008 ; et en droit suédois : U. Franke, A. Magnusson, J. Ragnwaldh et M. Wallin (éd.), *International Arbitration in Sweden. A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013.

[304]V. la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) de 1989 et son chapitre 12 sur l'arbitrage international, qui incorpore directement les dispositions de la Convention de New York et a fait l'objet d'une réforme entrée en vigueur au 1er janvier 2021 ; V. à ce sujet S. Besson, *Chapter 2, Part I : Salient features and amenities of Chapter 12 PILS, in* M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland : The practitioner's guide*, Kluwer law International, 2e éd., 2018, p. 33-49. – E. Geisinger et N. Voser, *International Arbitration in Switzerland : A Handbook for Practitioners*, Kluwer law International, 2013 ; V. aussi : J.-F. Poudret et P. Lalive, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1999. – G. Carducci, *La réforme du droit international privé et de l'arbitrage international en*

à toute voie de recours contre la sentence). Outre que les recours sont portés (même en anglais, si les parties le souhaitent) directement devant la plus haute juridiction – le Tribunal fédéral –, les taux d'annulation y sont particulièrement bas[305]. La Suisse, outre son système bancaire et d'assurance reconnu, a réussi à s'imposer comme grande place arbitrale hors la présence d'un grand centre d'arbitrage international[306], à l'exception du Tribunal arbitral du sport, basé à Lausanne, et dont les sentences ont fourni au Tribunal fédéral suisse son plus gros bataillon de recours.

75. – Parmi les pays émergents, deux grandes zones doivent être ici mentionnées tant elles ont justement émergé, étant fort consommatrices d'arbitrage, surtout à partir de la fin du XX^e^ siècle.

S'agissant de l'Afrique, il est impossible, face à ce si vaste continent, d'en dégager un ou des modèles, du fait surtout de la grande diversité des cultures juridiques que l'on y trouve, notamment entre l'Est, plus anglophone, et l'Ouest, plus francophone. Dans cette dernière zone, il faut mentionner l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage de 1999 et le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), dit « droit OHADA »[307], réformé le 23 novembre 2017 avec une entrée en vigueur le 15 mars 2018[308], dont l'œuvre uniformisatrice doit être saluée mais reste en cours d'achèvement : malgré des principes théoriques affirmés avec force – comme le principe d'autonomie de la clause, le principe de compétence-compétence ou célérité procédurale (délais d'*exequatur* raccourcis à quinze jours) –, la jurisprudence de la CCJA peine encore à affirmer sa nette faveur pour l'arbitrage, notamment dans des sentences où des États africains ont succombé et qu'elle doit valider ou exécuter. Malgré tout, l'adhésion de l'écrasante majorité des pays à la Convention de New York, la recrudescence des centres d'arbitrage africains réellement opérationnels et le nombre de dossiers impliquant des parties africaines[309] sont une réalité indéniable du succès arbitral sur ce continent. En Afrique du Nord, qui s'intègre dans la zone dite « MENA » regroupe, jusqu'aux

---

Suisse : D. 2021, p. 145 ; S. Besson, A. Rigozzi, *La réforme du droit suisse de l'arbitrage international : Rev. arb.* 2021, p. 11. L'Association suisse d'arbitrage a annoncé le lancement d'une plateforme en ligne offrant un accès complet aux informations sur l'arbitrage en Suisse : www.swissarbitration.org.

[305]F. Dasser, *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland : A Statistical Analysis : Bull. ASA* 2007, p. 453 (qui indique un taux d'annulation de 7 %). V. plus récemment, F. Dasser, P. Wojtowicz, *Swiss International Arbitral Awards Before the Federal Supreme Court : Statistical Data 1989-2019 : Bull.* ASA 2021, p. 7 (qui indique également un taux d'annulation de 7 %) ; même si l'exécution des sentences peut y être plus contraignante : V. par ex., Trib. féd., 7 sept. 2018, 5 5A_942/2017 (qui exige un lien de connexité suffisant entre les actifs à saisir en Suisse et le litige arbitral).

[306]On peut toutefois compter l'Institution arbitrale des chambres de commerce suisses (SCAI) avec l'Association suisse d'arbitrage. La SCAI doit être transformée en Centre d'arbitrage suisse, avec l'ASA comme actionnaire majoritaire et un règlement d'arbitrage actualisé, v. A. Ross, *A Swiss transformation : GAR* 20 mai 2021.

[307]L'OHADA regroupe dix-sept pays d'Afrique centrale et d'Afrique de l'Ouest : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo Brazza, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

[308]A. Fénéon, *L'arbitrage OHADA après la réforme du 23 novembre 2017 : Rev. arb.* 2018, p. 731 ; V. aussi N. Aka, A. Fénéon et J.-M. Tchakoua, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, EJA, LGDJ, 2018 ; *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, ss dir. A. Ngwanza, LexisNexis, 2019.

[309]Selon les statistiques de la CCI, en 2019, cent quatre-vingt-huit parties venant de trente-trois pays africains ont été impliquées dans des arbitrages CCI (V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics* (https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics, p. 9).

Pays du Golfe, tous les pays arabophones. La très grande diversité de cette zone hétérogène peut être soulignée : certains pays francophones, comme le Maroc, l'Algérie, la Tunisie et le Liban, suivent plutôt le système arbitral français, tandis que d'autres suivent la loi-type CNUDCI, comme le Bahreïn qui l'a adoptée telle quelle, et d'autres enfin qui n'ont pas encore ratifié la Convention de New York comme la Libye ou l'Irak. Dans cette zone arabe, entièrement de tradition civiliste avec parfois des éléments de tradition juridique islamique, deux pays font figure de référents. L'Égypte dispose d'une loi ancienne mais qui reste d'actualité (L. n° 27/1994, modifiée en 1997 et complétée par des dispositions favorables aux investissements étrangers), ainsi que d'un centre actif et reconnu (le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international [CRCICA]), d'une jurisprudence plutôt favorable à l'arbitrage (et qui est suivie dans de nombreux pays arabes en raison de la diaspora de juristes égyptiens) et fut, surtout au lendemain du printemps arabe, l'État qui a fait le plus l'objet d'arbitrages d'investissement (près de trente en dix ans)[310]. Les Émirats arabes unis ont modernisé le droit de l'arbitrage (Loi fédérale n° 6/2018 sur l'arbitrage en matière de litiges commerciaux, entrée en vigueur le 16 juin 2018)[311] ; il continue d'attraire de nombreux arbitrages internationaux impliquant la région, compte tenu de la place financière et économique qu'est devenue Dubaï, et d'une certaine manière Abu Dhabi, pour toute la région du Golfe. C'est d'ailleurs dans ces deux villes que l'on retrouve les centres d'arbitrage les plus actifs et reconnus de la région : le Centre d'arbitrage international de Dubaï (DIAC), créé en 1994, domine le paysage arbitral (notamment par le volume de dossiers et en matière immobilière) et est rattaché à la chambre de commerce et d'industrie locale (dont le « nouveau » et futur règlement établi par voie de décret), ainsi qu'un centre dit *off-shore*, créé en coopération avec l'institution londonienne, le DIFC-LCIA, où s'applique une réglementation spéciale (la DIFC 1/2008, puis 1/2018, très anglo-saxonne), différente du droit fédéral émirati (civiliste), créé en 2008, puis relancé avec succès en 2015 (avec un règlement fortement inspiré de celui de la LCIA). De son côté, devant le succès de cette autre capitale économique qu'est Dubaï, la capitale (politique) des Émirats arabes unis a créé sa propre zone *off-shore* en 2015 : l'*Abu-Dhabi Global Market* (ADGM), avec également sa propre réglementation spéciale (inspirée

[310]À noter que cette zone, traditionnellement peu encline aux échanges et investissements inter-arabes, a connu à partir des années 2000 une recrudescence de ce type d'arbitrages entre un investisseur arabe et un autre État arabe.

[311]Si ce nouveau droit, fortement inspiré de la loi-type CNUDCI, s'est clairement libéralisé (avec désormais : la possibilité pour un tribunal de tenir des audiences virtuelles ou de décider de mesures provisoires, la non-obligation pour l'arbitre d'être présent aux Émirats arabes unis pour signer une sentence ; des cas d'ouverture pour un recours en annulation limités, une centralisation des affaires de reconnaissance des sentences internationales devant les cours d'appel locales…), il reste que certains aléas persistent tant au niveau de la loi (par ex. une nouvelle disposition [art. 257] du Code pénal fédéral de 2016, abrogée en 2018, disposait qu'un arbitre pouvait être emprisonné s'il avait été « inéquitable ou partial » dans sa mission) que de la jurisprudence, par exemple sur le pouvoir de signer d'un représentant légal de consentir une convention d'arbitrage (V. l'arrêt n° 56/2017 de la Cour de cassation de Dubaï qui exige un pouvoir exprès du dirigeant pour invalider une convention d'arbitrage ; *contra* : l'arrêt 1125/2018 du 17 mars 2019, qui s'appuie plus libéralement sur la bonne foi) ou sur la reconnaissance de sentences étrangères qui exige que le débiteur ait un domicile aux Émirats arabes unis pour pouvoir exécuter une sentence sur ces actifs (V. Cour de cassation de Dubaï, 18 août 2013, n° 156/2013, aff. *CCI* v. *Ministry of Irrigation of the Democratic Republic of the Sudan*).

de la loi-type CNUDCI), ainsi que des accords avec le gouvernement local mais aussi des tribunaux étrangers (Hong Kong, Singapour, Angleterre et Australie).

Relativiser les avantages et inconvénients de l'arbitrage

76. – Le pour et le contre. Au-delà des poncifs, du type « l'arbitrage, une justice entre soi », ou encore de la mesure de certains chiffres à donner le vertige, par exemple celui du montant de réparation accordé dans l'affaire *Yukos*, ou des mauvais exemples comme l'affaire *Tapie* en France, ou l'affaire *Odebrecht* au Brésil et au Pérou où plusieurs arbitres reconnus ont été accusés de corruption et incarcérés, un bilan des avantages et des inconvénients du recours à l'arbitrage s'avère nécessaire. Les éléments de cette évaluation sont très connus et ont été répétés depuis des dizaines d'années, de manière plus ou moins pratique : choix de l'arbitre, souplesse, confidentialité, célérité d'un côté, coûts, impossibilité, ou presque, de voies de recours autres qu'un recours en annulation, de l'autre. Il demeure que les termes de ce débat classique sont assez complexes et qu'il convient de les mesurer, avec distance et nuance.

Les atouts de l'arbitrage

77. – La recherche de liberté juridictionnelle, de neutralité internationale et de flexibilité procédurale. L'arbitrage, souvent présenté comme justice volontaire, se caractérise d'abord par une grande liberté laissée aux parties et une plasticité rendant l'institution adaptée aux litiges d'affaires. Mais, au-delà de cette pétition de principe, si une partie décide de recourir à l'arbitrage, et d'en payer le prix, c'est parce qu'elle estime qu'elle présente des avantages indiscutables[312]. Le premier bilan est économique : quels sont ces avantages, le coût n'en est-il pas trop élevé ? Le second est plus politique : a-t-on confiance dans le droit et le juge qui pourraient régir le litige ; celui-ci, dans une logique de globalisation, ou au contraire de repli, ne justifie-t-il pas de redécouvrir les vertus de cette justice privée et du compromis ? Choix de l'arbitre, choix d'une procédure efficace, le choix de la confidentialité.

78. – Le choix de son juge : « un droit à l'arbitre » ? Les avantages recherchés de l'arbitrage se manifestent en premier lieu par la faculté laissée à une partie de choisir « son » arbitre[313]. Cette proposition est par ailleurs inexacte : une partie ne choisit pas « son » arbitre comme elle choisit « son » conseil. Mais l'idée est là, une partie peut choisir « un » arbitre et l'on peut supposer qu'elle va le faire avec beaucoup d'attention, en fonction de critères qui, peu ou prou, dépendent des conditions d'indépendance et d'impartialité imposées à l'arbitre (V. *infra*, n° 712). « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », postule l'adage qui signifie que c'est précisément cette liberté et cette qualité de choix qui font la valeur de l'arbitrage.

Cette liberté juridictionnelle[314] conférée aux parties de façonner, juridiquement, techniquement, culturellement, et selon bien d'autres paramètres encore, le type de juge qui sera amené à trancher « leur » litige figure sans doute parmi les composantes essentielles dictant le choix arbitral[315]. Après tout, s'il est vrai que le mythe grec de Thémis veut que la justice soit aveugle (et donc impartiale) ; rien n'interdit aussi que lui soit prêtée, dans une conception plus pragmatique, une paire de lunettes, justement pour mieux « voir le litige », c'est-à-dire discerner les enjeux et les arguments, soit pour se départir d'un biais naturel en rapport avec l'identité ou la nationalité par exemple des parties, soit encore pour mieux appréhender la nature technique d'un litige, surtout

---

[312]V. Ch. Drahozal, "Why Arbitrate ? Substantive Versus Procedural Theories of Private Judging": *ARIA* n° 22, 2011, p. 163.; A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly (eds), *A Practical Guide to International Arbitration*, Juris, 2020, p. 16 et s.

[313]V. E. Robine, *Le choix des arbitres : Rev. arb.* 1990, p. 315. – P. Lalive, *Le choix de l'arbitre*, in *Libertés : Mél. J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 353.

[314]Certains auteurs ont comparé cette liberté avec le droit au *jury trial*, c'est-à-dire le droit, aux États-Unis, d'être jugé par un jury, y compris en matière civile (7e Amendement), par ses propres pairs sélectionnés (processus de « Voir Dire ») ; V. D. Wittman, *Lay Juries, Professional Arbitrators, and the Arbitrator Selection Hypothesis : American Law and Economics Review*, Oxford University Press, 2003, vol. 5, n° 1, p. 61-93.

[315]S. Nappert et A. Agarwal, *Twenty-First Century Arbitration : Who Do you Trust ?, in* S. Tung, F. Fortese et C. Baltag (éds.), *Finances in International Arbitration – Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*, Wolters Kluwer, 2020.

s'il est soumis à un droit, étranger ou non, ou à une matière juridique spécifique que certains sont amenés à mieux connaître que d'autres. Bien qu'une courte majorité de Français conservent toujours leur confiance dans la justice étatique et son indépendance[316], les magistrats, même lorsqu'ils tirent leur légitimité d'une élection (ce qui est notamment le cas aux États-Unis) plutôt que d'une désignation étatique ou de la réussite à un concours, sont encore perçus comme des émanations d'un État, sans oublier que, très souvent, en France comme ailleurs, ils ne sont pas toujours spécialisés et disposent souvent de moyens limités. Ce sont ces écueils auxquels tente de pallier l'institution arbitrale par ce qui a parfois été qualifié, pas toujours exactement, de « droit à l'arbitre »[317], y compris par la jurisprudence[318]. Les exigences d'indépendance et d'impartialité imposées à l'arbitre emportent souvent une palette de choix beaucoup plus restreinte que ce que les parties peuvent imaginer (V. *infra*, n° 712). Plus généralement, il convient aussi de nuancer la liberté de choix de l'arbitre par les parties, parfois envisagée théoriquement seulement, mais qui doit être aussi considérée sous un angle pratique[319]. La loi (CPC, art. 1452, al. 1er) prévoit une règle générale – et par défaut – qui donne aux coarbitres, plutôt qu'aux parties, la responsabilité de nommer un président[320]. Par ailleurs, si l'arbitrage est institutionnel, le centre aura souvent le dernier mot à défaut d'accord entre les parties[321], comme le prévoient par exemple les règlements CCI ou LCIA[322]. De même, et dans le cas d'un arbitrage *ad hoc*, le recours à la désignation judiciaire d'un arbitre par le juge d'appui s'imposera (CPC, art. 1459, al. 1er). Cette désignation d'un arbitre par un tiers (juge d'appui ou institution arbitrale) est d'ailleurs de plus en plus fréquente ; elle représente environ 75 % des cas d'arbitres uniques et plus de 25 % des présidents de tribunaux arbitraux. Mais cette pratique reste purement contractuelle, puisque c'est le choix des parties de s'assujettir à un règlement d'arbitrage et à l'organe institutionnel que celui-ci désigne[323].

79. – Quel profil pour quel litige ? La liberté de choix d'un juge privé – sous-tendue par la recherche d'une justice « alternative » – est, là aussi, autant réelle qu'à nuancer, si l'on se penche sur les profils à retenir ou retenus. Il est en effet régulièrement soutenu que les usagers de l'arbitrage, souvent des commerçants, recherchent une

---

[316]V. sondage IFOP, *Le regard des Français sur la justice*, 28 mars 2017, commandé par le Club d'Iéna (présidé par L. Vogel) ; mis à jour : « Les Français et la justice », IFOP pour l'Express, sept. 2019 ; v. aussi le projet de loi du 14 avril 2021 « pour la confiance dans l'institution judiciaire ».

[317]V. J.-L. Delvolvé, *Le droit à l'arbitre : Gaz. Pal.* 15 avr. 1995, p. 473. – S. Lazareff, *Le droit à l'arbitre : Cah. arb.* juill. 2006, Bloc note p. 11 ; V. aussi L. Kieffer, *L'arbitre, l'avocat et le juge : Arch. phil. dr.* 2009, n° spécial, p. 181, spéc. p. 185.

[318]Le « droit à l'arbitre » est reconnu par la Cour de cassation à toute partie à une convention d'arbitrage valable : V. Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, *Nioc* c/ *État d'Israël : Rev. arb.* 2005, 693, note H. Muir Watt ; *JCP* G 2005, I, 134, § 4, obs. J. Béguin ; *RTD com.* 2005, 266, obs. E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 2006, 140, note Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, obs. F.-X. Train.

[319]V. not. J.-P. Grandjean et Cl. Fouchard, *Le choix de l'arbitre : De la théorie à la pratique*, in Dossier « Les qualités des arbitres » : *CDE* juill.-août 2012, n° 4, n° 21, p. 33, spéc. p. 34.

[320]V. aussi Règl. CNUDCI (2010), art. 9.1.

[321]Par ex. : l'article 38 de la Convention CIRDI prévoit que : « Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général (…) le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. (…) ». L'article 40.2 du Code de l'arbitrage en matière de sport prévoit qu'à défaut d'accord des parties le ou les arbitres seront désignés par le président de la Chambre ordinaire du Tribunal arbitral du sport.

[322]Outre qu'il est spécifiquement dit que les parties « désignent » un arbitre, tandis que l'institution, telle que la CCI, le « nomme », diverses dispositions prévoient qu'il revient à celle-ci de procéder à la nomination de l'arbitre unique ou du président en cas d'absence d'accord des parties (art. 12[3] et 12[4] et 12[5]) ; V. aussi Règl. LCIA, art. 5. En pratique cependant, les centres donnent priorité à l'accord des parties.

[323]P. Tercier, *La légitimité de l'arbitrage : Rev. arb.* 2011, p. 653.

justice rendue par des experts, du moins des juges professionnels plus à l'écoute et au fait des réalités techniques ou du terrain, et non pas nécessairement des juristes et théoriciens du droit. Une étude approfondie, bien que déjà un peu ancienne[324], avait montré, principalement en raison de l'importance en France des arbitrages dits « de qualité », que plus des deux tiers des arbitres désignés (et recensés) étaient en fait des techniciens, contre 30 % de juristes, et, parmi ces derniers, 60 % des arbitres juristes désignés étaient des avocats, 35 % des professeurs de droit et 5 % d'anciens magistrats[325]. Cette réalité persistante de l'arbitrage représente aussi sa face immergée : ces arbitrages sont souvent « confidentiels », sans donner lieu à un contentieux post-arbitral et aboutissant à une exécution volontaire, mais restent difficiles à quantifier. Cette proportion est sans doute dépassée aujourd'hui eu égard à l'évolution de la sociologie de l'arbitrage dont certains auteurs ont pu rendre compte[326]. Il demeure que, les arbitrages devenant toujours plus tendus et à fort enjeu, le recours grandissant à une population de juristes, au premier rang desquels figurent professeurs de droit et avocats, est une réalité sociologique indéniable. Il est vrai que l'absence d'un juriste au sein d'un tribunal peut s'avérer problématique, lorsque l'existence d'un litige va presque inéluctablement poser une (au moins) question juridique, dont les termes et la logique exigeront un certain savoir-faire et une approche juridiques : son intervention pourra s'avérer nécessaire autant sur le fond, pour interpréter la portée d'une clause contractuelle ou la responsabilité d'une partie, que sur le plan procédural pour s'assurer que le règlement du litige répond à des standards processuels élémentaires, ou sur les deux plans, lorsqu'il s'agit d'affronter la question de l'ordre public interne ou international (V. *infra*, n° 1589). Ce recours, presque nécessaire, à des spécialistes du droit, et parfois même de la procédure arbitrale, explique sans doute l'émergence d'une forme de « professionnalisation » de l'arbitrage, avec le retour des inconvénients reprochés aux juges professionnels[327]. L'hypothèse semble toutefois limitée, d'abord parce que le phénomène, sinon de professionnalisation, du moins de spécialisation, se rencontre un peu partout, en doctrine d'abord où le nombre d'auteurs spécialisés sur la question de l'arbitrage croît de manière constante, et chez les avocats, alors que se constituent, après des départements « arbitrage » dans les grands cabinets d'affaires, des structures spécialisées, des « boutiques d'arbitrage », ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser parfois des questions en termes de dépendance à l'égard des missions d'arbitres[328]. Il est en tout cas certain que, en l'espace de vingt ans, le « petit monde de l'arbitrage » s'est largement ouvert et diversifié pour offrir plus de choix aux utilisateurs, y compris en termes générationnels. Symétriquement, il est vrai, le juriste sera moins utile, car moins à l'aise, pour dire qui, entre deux experts-techniciens,

---

[324]S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, 1995. *Adde* B. Oppetit, *Éléments pour une sociologie de l'arbitrage : L'Année sociologique* 1976, vol. 27, p. 178. – Y. Dezalay et B. G. Garth, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Avant-propos P. Bourdieu, The University of Chicago Press, 1996. – J.-B. Racine, *Éléments d'une sociologie de l'arbitrage : Rev. arb.* 2012, p. 709. – E. Gaillard, *Sociologie de l'arbitrage international : JDI* 2015, doctr. 9.

[325]De manière contre-intuitive, les études ont montré que les usagers préféraient souvent se détourner de candidats ayant été d'anciens juges, sans doute en raison de l'idée que le poids des années passées dans la machine judiciaire pourrait brider la recherche de plus de flexibilité et de moins de formalisme.

[326]V. *infra*, n° 94.

[327]Y. Derains, *La professionnalisation des arbitres*, in D. Fernandez-Arroyo (ss dir.), *Les qualités des arbitres : Cah. arb.* 2012, n° 4, p. 21.

[328]Th. Clay, *Le marché de l'arbitrage*, *in* Th. Clay et W. Ben Hamida (ss dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 13, spéc. p. 26.

s'approche au plus près de la vérité scientifique, ou pour approcher avec précision le *quantum* d'un dommage.

80. – Si la profession d'arbitre peine encore à se dessiner, certaines personnalités sont plus connues que d'autres et attirent, naturellement, par leur expérience, leur connaissance du droit et notamment du droit de l'arbitrage, et, comme dans tout marché, par leur réputation. Dans tous les cas, « stars » ou non, la sollicitation pose le problème de la disponibilité, autre critère contradictoire du choix de l'arbitre : plus on désire une personne, plus elle devient indisponible, et inversement, alors que, justement, on se tourne vers des juges privés pour le temps, supposé plus disponible comparé aux magistrats croulant sous les dossiers, qu'ils pourront consacrer aux affaires qu'ils auront à trancher, ce qui fait parfois retomber dans l'écueil que l'on a voulu éviter en recourant à l'arbitrage, c'est-à-dire éviter des tribunaux surencombrés. Faudra-t-il finir par stipuler une clause d'« exclusivité » dans la convention d'arbitrage garantissant un niveau de disponibilité minimum des arbitres à nommer ? Il est en tout cas certain que ce critère de choix est devenu un élément essentiel, du moins dans l'arbitrage institutionnel où les centres imposent aux candidats pressentis de faire savoir leur degré d'occupation sur la période arbitrale envisagée ou de s'engager à demeurer disponibles, et ce même quand les parties tombent d'accord sur un arbitre justement très courtisé[329]. Bref, le choix absolument optimal et dans l'intérêt de la meilleure résolution possible du litige n'existe guère, d'autant que, qui dit liberté dit parfois abus, en ce sens que la désignation peut être sous-tendue autant par des critères objectifs que par une tactique opportuniste mûrement réfléchie.

81. – Nationalité, neutralité et impartialité. Outre les profils, juridiques ou techniques, et la disponibilité des arbitres à sélectionner, les arbitrages internationaux offrent une dimension culturelle essentielle pour bien saisir la liberté offerte aux parties : il s'agit de la perspective d'être jugé par des arbitres choisis de manière « neutre »[330], ce qui est parfois, à tort ou à raison, ramené à la question d'une sélection selon le seul critère de leur nationalité, différente de (ou du moins qui est conciliable avec) celle des parties, alors même que les litiges internationaux soumis à un juge étatique sous-tendent presque toujours la crainte, perçue par la partie qui ne partage pas la nationalité dudit juge, d'un biais – réel ou préjugé – en faveur de son adversaire qui aura donc le « privilège de juridiction », celui de plaider devant son « juge naturel ». Cette crainte est d'autant plus exacerbée lorsque le litige oppose un opérateur privé à un État ou une émanation quelconque de ce dernier et qu'il est amené à être tranché devant les tribunaux – parfois administratifs – de cet État. Un panel composé de juges de nationalités, voire de sensibilités culturelles différentes, reflétant aussi celles des parties, présentera cet avantage indéniable qu'aucune ne se sentira « plus » étrangère que l'autre au processus juridictionnel. On s'accorde ainsi à faire observer que les arbitres rompus aux arbitrages internationaux sont moins attachés à des règles étatiques quelconques et plus enclins à faire prévaloir les « règles du commerce international », de sorte que l'arbitrage deviendrait véritablement international, voire supranational, transcendant ainsi les spécificités nationales et autres réflexes étatiques. Même si la loi française est, comme de nombreux autres droits, silencieuse sur la question de la nationalité de l'arbitre, de nombreux règlements d'arbitrage retiennent ce critère de

---

[329] Par ex., V. Règl. LCIA (2020), art. 5.4 ; Règl. CCI (2021), art. 11.2 ; HKIAC (2018), art. 11.4.

[330] V. toutefois : A. Hassani, *La neutralité de l'arbitrage international, Essai de déconstruction d'un mythe*, thèse, IEP Paris, janv. 2021, qui considère que cette « neutralité » est plus un discours ambiant qu'une réalité. V. *infra*, n[os] 690 et 702.

manière négative, c'est-à-dire en excluant, sauf accord contraire, la désignation d'un arbitre unique ou d'un président de tribunal qui partagerait la nationalité d'une des parties[331]. Pour autant, et même si l'analogie sportive conduit à imaginer difficilement par exemple qu'un Italien, même réputé, arbitre une rencontre entre deux équipes, l'une française et l'autre italienne, il n'est pas certain que la transposition soit pertinente s'agissant d'un arbitrage international. D'abord, parce qu'il arrive que les parties soient des personnes morales dont la nationalité n'a guère d'importance : on pense notamment à des sociétés immatriculées dans certaines juridictions *offshore*, comme les îles Vierges britanniques ou Caïman, l'île de Man ou Maurice, l'État du Delaware, le Benelux, *etc.*, sans que ce rattachement juridictionnel ne présente vraiment de pertinence pour le règlement du litige ou la nationalité de celui qui sera amené à le trancher. Ensuite, le fond du litige peut imposer, par nature, l'application d'une loi nationale qu'un arbitre issu de ce même système juridique sera plus enclin à maîtriser qu'un autre, offrant ainsi aux parties une solution plus sûre[332] : ici, bien que nationalité et prévisibilité riment, entre les deux, il faudra parfois choisir. Enfin, la nationalité de l'arbitre n'est pas une garantie de sa neutralité : non seulement ce critère contribue paradoxalement à alimenter les préjugés et les perceptions biaisées à l'égard de telle ou telle nationalité, mais surtout les liens avec une nationalité peuvent s'avérer parfois extrêmement ténus, une même personne étant susceptible de disposer de plusieurs nationalités, l'une au moins pouvant n'être qu'incidente, anecdotique et non effective. Si l'exigence de neutralité peut avoir un rapport avec certaines nationalités, l'impartialité, critère essentiel, repose sur d'autres éléments.

82. – La flexibilité et la souplesse de la procédure. Un autre avantage de l'arbitrage repose sur la souplesse de la procédure arbitrale, notamment en raison de sa nature conventionnelle. Les parties disposent en effet d'une liberté procédurale certaine dans l'organisation de l'instance, dans les limites de l'ordre public arbitral, s'agissant de la présentation des écritures, de leur nombre, des modalités, y compris virtuelles, et de la durée des audiences (voire de l'absence d'audience), ainsi que des reports ou des prises en compte des empêchements des uns et des autres selon les calendriers, fêtes et usages locaux. L'absence de formalisme est donc bien la règle, à contraster avec le canevas judiciaire, en France comme ailleurs (par ex. en Angleterre ou aux États-Unis)[333], dans la présentation formelle des écritures (on ne parle d'ailleurs pas de « conclusions »), dans la soumission des bordereaux pièces, dans l'effet couperet de certaines échéances (on songe aussi aux strictes conditions introduites par la procédure d'appel en matière civile : CPC, art. 909, 910-4, 911-2, 954), *etc.* L'article 1464 du Code de procédure civile permet aux parties de choisir et adapter la procédure arbitrale : ce n'est qu'à défaut de choix qu'il revient au tribunal arbitral de déterminer « la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ». En matière d'arbitrage international, l'idée persiste que chacun doit pouvoir plaider comme il le souhaite, dans le fond comme la forme, selon sa culture juridique, mais, là encore, dans les limites d'un accord des parties et d'un minimum de règles de base communes et processuelles, notamment convenues avec le tribunal arbitral. Cet avantage compétitif de l'arbitrage par rapport au droit judiciaire étatique s'est d'ailleurs

---

[331]V. Règl. LCIA, art. 6.1 ; Règl. CCI, art. 13.6 ; HKIAC, art. 11.2 ; v. *infra*, n° 690.

[332]Ici, plus que la nationalité, ou même un droit national applicable, la maîtrise d'une langue, qui permet de bien saisir toutes les nuances de ce droit, paraît encore plus déterminante.

[333]Où l'argument souvent invoqué pour recourir à l'arbitrage est le fait d'éviter les aléas, parfois très coûteux, et les lourdeurs d'un procès avec jury, *depositions, discovery* et phases de *pre-trial* et *trial*.

manifesté avec une plus grande acuité à l'occasion de la crise de la Covid-19, les praticiens ayant montré leur adaptabilité à un contexte sanitaire qui empêchait aux protagonistes toute réunion « en présentiel »[334]. En outre, le rapport à la justice arbitrale est souvent plus souple que celui qui lie les parties, ou leurs avocats, au juge étatique, ne serait-ce que parce qu'il est fréquent que les conseils d'un jour seront les arbitres de demain et inversement : parce qu'on est aussi jugé par ses pairs, l'idée d'une hiérarchie rigide vis-à-vis de la magistrature cède la place à celle d'une justice plus « participative ». La liberté concerne autant les règles procédurales que celles applicables au fond du litige, avec même la possibilité d'appliquer des « règles de droit » qui peuvent être nationales, et ne reposer que sur des usages. C'est pour son adaptabilité et son absence de formalisme strict que l'arbitrage est parfois appelé « justice sur mesure »[335], ce que l'on retrouve même sur le plan judiciaire et post-arbitral s'agissant des conditions plus souples pour obtenir l'*exequatur* d'une sentence ou pour un recours en annulation[336]. C'est ce qui a fait dire à un auteur que l'institution « se caractérise par un affaiblissement du caractère juridique du litige et par la prédominance de ses aspects techniques, psychologiques et commerciaux »[337]. Mais, au final, il ne faut exagérer ni la créativité des parties, souvent tentées de reproduire des modèles judiciaires locaux ou des habitudes arbitrales standardisées, ni la souveraineté de l'autonomie de leur volonté : outre que la recherche trop systématique du consensus arbitral peut aboutir à une forme de paralysie, le tribunal arbitral est aussi le troisième côté d'un triangle avec lequel les parties doivent composer, sans oublier les institutions arbitrales qui commencent à imposer certaines désignations (plus féminines) ou certains mécanismes – comme l'arbitrage accéléré – en imposant aussi parfois le choix d'un seul arbitre, plutôt que trois[338].

83. – La rapidité, l'efficacité et la finalité. On a longtemps présenté la rapidité de la procédure arbitrale comme l'un de ses principaux intérêts, notamment en comparaison avec la lenteur de la machine judiciaire, qui impose le plus souvent de passer par une première instance, l'appel et la cassation. L'efficacité, qui mesure la proportion entre le temps mis pour aboutir à un résultat final et les moyens déployés pour y parvenir, répond à la même logique et constituerait la priorité fondamentale dans

---

[334]S'il est difficile de mesurer encore l'attractivité de l'arbitrage pendant la période de crise sanitaire, il est certain que de très nombreux articles parus à partir de mars 2020 ont incité les acteurs judiciaires à souscrire des compromis d'arbitrage, en cours de procédure devant les tribunaux, pour débloquer un processus paralysé par l'impossibilité de tenir des audiences physiques et un appareil judiciaire parfois mal équipé, en droit comme en matériel, pour conduire des procédures virtuelles.

[335]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 44.

[336]Par ex., il n'est pas nécessaire d'avoir des copies certifiées conformes pour la demande d'*exequatur* (V. CPC, art. 1514 et s. ; seul l'original de la sentence est demandé, avec une copie mais sans besoin de certification conforme). De plus, le recours en annulation devant la Chambre internationale de la cour d'appel de Paris permet également une procédure souple, préconisant l'utilisation de l'anglais (V. Prot. relatif à la procédure devant la Chambre internationale du tribunal de commerce de Paris, Tribunal de commerce de Paris et Barreau de Paris, 7 févr. 2018).

[337]E. Loquin, *L'amiable compositeur en droit comparé et international*, préc., n° 583.

[338]Certains règlements ont opté en matière de procédure accélérée, notamment pour la nomination d'un arbitre unique, notamment : Règles d'arbitrage accélérées de la CAA, disposition 5 ; Règl. d'arbitrage accéléré de l'OMPI, art. 14, a) ; Règles d'arbitrage commercial de AAA, disposition E, 4, (a) ; Règlement d'arbitrage accéléré de la SCC, art. 17. À l'inverse, certains règlements proposent une faculté de nommer un arbitre unique, laissant ouverte la possibilité d'une formation collégiale : V. Règl. d'arbitrage de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), art. 51, 1, [a]). V. égal. L. Nowak et N. Ghibradze, *The ICC Expedited Procedure Rules – Strengthening the Court's Powers : Kluwer Arbitration Blog* 13 déc. 2016.

le choix d'un règlement contentieux particulier[339]. S'il n'est pas rare qu'une action en justice, au civil, prenne entre cinq et dix ans pour, face à l'encombrement judiciaire, traverser ces trois échelons et aboutir à une décision définitive, la logique du recours arbitral est justement de mettre toutes ses forces – juridiques, factuelles, techniques – dans une seule bataille, celle devant le tribunal arbitral, en acceptant, par défaut, l'idée que, une fois la sentence rendue, celle-ci sera immédiatement exécutoire (CPC, art. 1514) et qu'il n'y aura plus de recours possible, du moins pas d'appel au fond car le principe du double degré de juridiction n'a en principe pas sa place : si l'on perd cette bataille, c'est toute la guerre aussi, car il n'y aura plus de deuxième chance en appel[340]. On se rappellera sans doute que les aléas des actions judiciaires de M. Tapie commencées contre le Crédit Lyonnais dans les années 1990 ont conduit les parties à soumettre l'entier litige à la voie arbitrale (par voie de compromis), justement pour un règlement plus prompt, définitif et efficace, avec plus ou moins de fortune[341]. Au-delà de l'absence de recours, c'est l'instance arbitrale elle-même qui se veut efficace, comme le prévoit d'ailleurs désormais expressément le principe de célérité consacré, à la charge des parties et des arbitres, à l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile. Bien avant ce nouveau principe « directeur », qui remonte au décret de 2011, le droit interne de l'arbitrage prévoyait déjà qu'à défaut d'accord des parties dans la convention d'arbitrage, la mission du tribunal arbitral est limitée par le délai légal de six mois à compter de sa saisine[342]. Les parties ayant la maîtrise de la procédure arbitrale et de ses délais, elles disposent de la faculté d'imposer un cadre plus bref, ou au contraire plus long, mais toujours avec cette obligation implicite de respecter les échéances et limiter les demandes de prorogation. Comme le temps est souvent la mesure de toute chose, l'idée sous-jacente derrière cette double qualité de rapidité et de finalité était qu'en choisissant comme arbitre une personne à la fois experte de la question litigieuse et disponible pour y consacrer le temps nécessaire, le litige serait tranché plus promptement que devant un juge submergé par les dossiers et/ou peu spécialisé dans le domaine en jeu. D'où l'importance grandissante du critère de la disponibilité lorsque les parties – mais aussi les centres – choisissent un candidat. Les statistiques des plus grandes institutions (V. *infra*, Encart 8) qui jouent un rôle-clef dans l'administration effective de l'arbitrage[343], semblent confirmer que, en moyenne, il faut à peu près un an, à compter de l'introduction d'une requête, pour obtenir une sentence finale[344], ce qui reste somme toute bien inférieur aux délais judiciaires, notamment ceux observés dans certains pays comme en Inde ou, plus proche de nous, en Italie.

---

[339]V. l'une des études sans doute les plus ambitieuses entreprises jusqu'à ce jour : le Rapport *Global Pound Conference Series – Global Data Trends and Regional Differences* de 2017 (ayant sondé, sur la base de vingt questions-clés, 4 000 personnes sur deux ans, dans vingt-quatre pays) et où 65 % des sondés ont expliqué que l'efficacité était leur premier objectif recherché.

[340]Les articles 1489 et 1518 du Code de procédure civile prévoient, en matières interne comme internationale, la possibilité d'un appel uniquement lorsque les parties l'ont expressément stipulé dans la clause. Ce qui n'est pas le cas en droit anglais (*Arbitration Act* 1996, Sect. 69, qui ouvre un appel au sujet des questions de droit, sauf convention contraire des parties), ni exclu par la Convention de New York ou la loi modèle.

[341]V. *infra*, n° 170.

[342]CPC, art. 1456, al. 1er ancien (en vigueur du 14 mai 1981 au 1er mai 2011).

[343]V. *infra*, n° 150.

[344]Dans les litiges de « pétrole et de gaz », il a été démontré que les tribunaux arbitraux de trois personnes ont une durée moyenne de 1 396 jours contre une durée moyenne de 600 jours lorsque l'affaire est donnée à un arbitre unique. V. C. A. Rogers, M. McIlwrath, F. Brodlija et G. King, *The Results are in for the Summer 2020 Kluwer Arbitration Quiz! : Kluwer Arbitration Blog* 12 sept. 2020.

On peut noter par ailleurs que les données disponibles semblent indiquer que les arbitrages se déroulant en Asie ont tendance à être moins longs et moins coûteux. L'exemple du SIAC semble indiquer un gain de temps (et de coût) par rapport à d'autres institutions arbitrales, avec une durée moyenne pour un arbitrage « standard » d'environ 11,7 mois[345].

Encart 8

Durée moyenne et médiane des arbitrages selon les données des principaux centres

INSTITUTION ARBITRALE	DURÉE MOYENNE (MOIS)	DURÉE MÉDIANE (MOIS)
CCI[346]	26	22
ICDR[347]	15,4	13,1
HKIAC[348]	12,3	11,6
LCIA[349]	20,0	16
SIAC[350]	13,8	11,7
SCC[351]	16,2	13,5

84. – Le temps et les délais de l'arbitrage. Cela étant dit, tous ces aspects fondamentaux ne doivent pas faire oublier l'autre versant, plus nuancé, de la réalité arbitrale. Outre ses coûts, les critiques adressées à l'arbitrage concernent aussi des délais de plus en plus longs dans lesquels s'inscrivent un nombre croissant de procédures. Au-delà des statistiques mises en avant par les institutions, la perception des utilisateurs est bien celle d'une justice arbitrale plus lourde et lente, notamment comparée à leurs attentes et aux raisons qui les ont poussés à recourir à l'arbitrage avant ou au moment de la naissance du litige. Sans évoquer l'exemple extrême d'une

---

[345]CMS, *Costs and Duration : A Comparison of the HKIAC, LCIA, SCC and SIAC Studies*, 19 mars 2018.
[346]V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics* (https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics).
[347]V. www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/AAA241_ICDR_Time_and_Cost_Study.pdf?_ga=2.182139111.1735136563.1603881658-1933852284.1603387732.
[348]V. *HKIAC Average Costs and Duration :* www.hkiac.org/content/costs-duration (consulté le 30 déc. 2020).
[349]V. www.lcia.org/lcia/reports.aspx.
[350]V. www.siac.org.sg/69-siac-news/499-siac-releases-costs-and-duration-study.
[351]V. https://sccinstitute.com/media/93440/costs-of-arbitration_scc-report_2016.pdf.

affaire CIRDI qui a duré plus de vingt ans pour que le requérant soit *in fine* débouté[352], il est indéniable que les délais s'allongent, d'autant que les statistiques publiées ne s'arrêtent qu'à la fin de l'arbitrage et ne tiennent que rarement compte des délais, parfois significatifs, relatifs aux voies de recours (annulation ou appel contre l'*exequatur*) et qui, pour les utilisateurs, ne se distinguent pas des délais arbitraux *per se*. Toutefois, ceci n'est pas nécessairement dû à l'institution arbitrale elle-même, mais peut-être plus à son succès et aux exigences croissantes des parties : parce que l'enjeu est souvent considérable, parce que les parties ne parviennent généralement à un consensus sur un arbitre que lorsqu'il s'agit d'une personnalité reconnue et *in fine* très sollicitée, donc peu disponible, parce que les questions à traiter sont parfois et nombreuses et très complexes et réclament des mémoires et des pièces d'un volume considérable, parce que les parties mettent toutes leurs forces dans la seule bataille qu'aucun appel ne pourra compenser en cas de défaite[353]. Sans oublier les tactiques guerrières ou de guérilla[354], plus fréquentes aujourd'hui, employées par certains défendeurs, prêts à retarder à tout prix l'issue de la procédure. À force d'en demander trop, d'exiger tout et son contraire[355], la machine arbitrale ralentit et peut être paralysée. Il s'agit là de la responsabilité de tous les acteurs de la procédure, y compris des parties elles-mêmes. Certes, la lenteur avec laquelle certains arbitres préparent et rendent leur sentence, pour de bonnes ou mauvaises raisons[356], est aussi une réalité sociologique que l'on ne peut occulter. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle de nombreuses institutions tendent à subordonner la fixation des honoraires selon le rendu, prompt ou non, du projet de sentence, avec un système de *bonus-malus* plus ou moins explicite[357]. De la même façon, le succès[358] croissant des procédures accélérées, voire des procédures électroniques, désormais incorporées dans de nombreux règlements arbitraux[359], est

---

[352] *Victor Pey Casado & Foundation « Presidente Allende »* v. *The Republic of Chile*, Aff. CIRDI n° ARB/98/2, sentence rendue le 12 sept. 2016 ; V. aussi Cass. 1re civ., 29 juin 2007 : *Gaz. Pal.* 2008, n° 82, p. 23, note C. Debourg. – V. Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 16-18.349 : *Rev. arb.* 2018, p. 848 (une saga arbitrale de plus de dix ans).

[353] Autre paradoxe : alors que la critique relative aux délais arbitraux persiste, de nombreux centres prévoient un système d'appel (V. par ex. : le JAMS a un règlement spécifique pour une procédure spécifique d'appel de 2003 ; le AAA lui aussi a un règlement pour une procédure optionnelle d'appel de 2013 ; le Centre de Maurice (MARC) a dans son règlement de 2018 introduit un Appendice 6 avec une procédure d'appel facultative ; alors que, pour d'autres encore, leur succès doit beaucoup au fait que l'essentiel de leurs affaires s'appuie sur des appels des décisions de fédérations sportives (V. C. arb. sport, art. R. 47 et s., « Règlement des procédures devant le TAS »).

[354] V. *infra*, Encart 32, ss n° 971.

[355] V. not. au sujet d'un « appel à faire appel » dans l'arbitrage : N. Zamir et P. Segal, *Appeal in International Arbitration, an efficient and affordable arbitral appeal mechanism : Arb. Int.* 2019 (vol. 35), p. 79-93 ; V. aussi l'étude du cabinet BCLP, plus sociologique, menée en 2020 auprès notamment d'arbitres, de conseils et de directeurs juridiques : *A right of appeal in International Arbitration – A second bite of the cherry : Sweet or Sour ?* (www.bclplaw.com/images/content/1/8/v2/186066/BCLP-Annual-Arbitration-Survey-2020.pdf).

[356] Car le retard est parfois aussi dû aux inextricables « négociations » entre les membres d'un tribunal, à la recherche d'une sentence consensuelle, donc rendue à l'unanimité, plutôt qu'à la majorité ou avec une opinion dissidente.

[357] V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la CCI*, 1er janv. 2019, § 120-121.

[358] Fin 2019, cent quarante-six cas ont été soumis selon les règles de procédure accélérée. Dans 82 % de ces cas, la Cour de la CCI a nommé un arbitre unique plutôt qu'un tribunal arbitral de trois membres (V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*).

[359] Ainsi, la Commission de la CCI a constitué une Commission *Task Force on the Use of Information Technology in International Arbitration* qui a publié deux rapports en 2004 et 2017 sur l'utilisation des technologies de l'information dans l'arbitrage international. Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI de 2021, dans son article 26 (I), confère au tribunal arbitral le pouvoir de décider – après consultation des parties – de tenir une audition en personne, par vidéoconférence, par téléphone ou par tout autre moyen de communication approprié.

bien le symptôme – certains diront la preuve que l'arbitrage sait s'adapter aux critiques – que les utilisateurs sont en demande de « vitesse ».

85. – Confidentialité implicite de l'arbitrage. La confidentialité a longtemps[360] été et reste encore considérée comme un avantage perçu de l'arbitrage, reconnu comme tel et de manière constante par les études sociologiques les plus anciennes[361], correspondant aux intérêts de ses utilisateurs principaux que sont les acteurs économiques, souvent soucieux de conserver le secret des affaires ou de ne pas ébruiter un litige publiquement. Ce peut être en raison du caractère sensible de l'information en jeu (par ex. une licence, un brevet ou tout aspect couvert par la propriété intellectuelle) ou du souci de préserver les rapports post-arbitrage entre les protagonistes (par ex. deux partenaires, dont la fusion, avortée et litigieuse, pourrait donner néanmoins lieu à un nouveau rapprochement dans le futur)[362]. Même lorsqu'elle n'est pas prévue dans les textes, un parfum de confidentialité, comme implicite et inhérent à l'arbitrage[363], semble régner[364], même si certains systèmes ont expressément exclu cette présomption[365]. La cause n'ayant pas, semble-t-il, été unanimement ou suffisamment entendue, le législateur français l'a clairement consacré, depuis la réforme opérée par le décret du 13 janvier 2011, le principe de confidentialité étant affirmé, du moins en droit interne de l'arbitrage, à l'article 1464, alinéa 4 du Code de procédure civile, qui le prévoit expressément. La disposition semble ainsi trancher avec une ancienne jurisprudence qui considérait qu'il importait aux parties de prouver l'existence d'une obligation de confidentialité pour engager la responsabilité des arbitres[366]. En droit de l'arbitrage international toutefois, la situation est moins évidente, puisqu'aucune disposition n'est prévue et les renvois de l'article 1506 du Code de procédure civile (qui articule arbitrages interne et international) n'incluent pas à cet article 1464,

---

Des mesures similaires se trouvent dans le nouveau règlement d'arbitrage de la LCIA, en vertu duquel, conformément à l'article 19, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une audience virtuelle ou une combinaison d'audience en personne et de participation à distance.

[360] E. Gaillard, *Le principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial international : D.* 1997, chron. p. 153. – J.-L. Delvolvé, *Vraies et fausses confidences ou les petits et grands secrets de l'arbitrage : Rev. arb.* 1996, p. 373. – Ph. Cavalieros, *La confidentialité de l'arbitrage : Gaz. Pal.* 2005, n° 349, p. 6. – E. Loquin, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage : Rev. arb.* 2006, p. 323 ; v. *infra*, n^{os} 1054 et s.

[361] À ce titre lors de l'étude réalisée par White & Case et l'Université de Queen Mary, la confidentialité est constamment classée parmi les premières raisons du recours à l'arbitrage. À titre d'exemple, 30 % des participants à l'étude ont mis la confidentialité comme raison principale de ce choix de résolution des litiges (V. White & Case, *2018 International Arbitration Survey : The Evolution of International Arbitration :* www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF).

[362] Cass. 3^{e} civ., 19 mai 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 1094, note Dissaux ; *Constr.-Urb.* 2016, comm. 103, obs. Ch. Sizaire.

[363] V. CA Paris, 18 févr. 1986 : *D.* 1987, p. 33 : « il est de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion ». Cette certitude a été remise en cause par la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Nafimco* (V. CA Paris, 22 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 646, note E. Loquin) où la cour a affirmé que « la partie, qui requiert une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage international ».

[364] V. en droit anglais : *Dolling-Baker* v. *Merrett* [1990] 1 WLR 1205, *Hassneh Insurance Co* v. *Mew* [1993] 1 Lloyd's Rep 243, *Ali Shipping Corporation* v. *Shipyard Trogir* [1997] EWCA Civ 3054 ; V. aussi *International Arbitration Act singapourien* 2002, Chap. 143A, art. 12(1)(j) (loi modifiée en 2020).

[365] V. deux arrêts qui ont fait à l'époque grand bruit, en Australie (High Court, 7 avr. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 539, note D. Kapeliuk-Klinger) et en Suède (Cour suprême, 27 oct. 2000 : *Rev. arb.* 2001, p. 821, note S. Sarvin et G. Reid).

[366] CA Paris, 22 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 646, note E. Loquin.

alinéa 4 du Code de procédure civile. Étonnamment aussi, certains règlements ne prévoient pas que la procédure arbitrale est confidentielle[367].

86. – Confidentialité désacralisée ? Car, ce qui paraissait autrefois « évidemment confidentiel », semble passer dans le clair-obscur. Il est vrai qu'une « relative confusion existe quant à ses fondements juridiques et quant à ses contours »[368]. Il y a bien sûr la portée incertaine, l'égard de la matière internationale, ou limitée de l'article 1464, alinéa 4, du Code de procédure civile qui prévoit la confidentialité « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement ». Ainsi, si une clause contraire est possible, quoique improbable en pratique, on pense surtout aux obligations d'information dues aux associés d'une société, y compris sur l'existence même d'un litige arbitral, ou en matière boursière[369], ne serait-ce que pour informer les marchés qu'une provision pour litige a été constituée. Au-delà de la France et sur un plan plus sociologique, il est vrai aussi que la confidentialité se heurte également à une vague mondiale de transparence sans précédent, entamée dans les années 2000 et qu'impose désormais une société très connectée et fondée sur des flux d'informations qui circulent massivement, instantanément et sans grands filtres : tandis que toute idée de secret, même légal ou légitime, devient suspicieuse, les frontières public/privé deviennent toujours plus ténues et les domaines éthiques, de la conformité et de lutte contre la corruption prescrivent la transparence comme la règle. Les digues de l'arbitrage, sans totalement rompre, ne font pas exception : si l'on met de côté l'arbitrage d'investissement, déjà fortement critiqué sur ce plan aussi[370], l'arbitrage commercial semble aussi progressivement céder aux sirènes de cette transparence conquérante[371]. On ne peut pas ne pas songer ici au succès incontestable et révélateur d'un magazine anglais largement diffusé dans le monde, *Global Arbitration Review*, lancé en 2006, qui, outre ses chapitres juridiques extrêmement sérieux, diffuse des *newsletters*, quotidiennes et très populaires, vulgarisant les dernières informations arbitrales dans un style journalistique, souvent avec brio, et parfois, sous la forme de « flash », à la limite du respect de la confidentialité[372]. De même, de nombreuses institutions arbitrales, telles que la CCI, qui déjà publiait des recueils de sentences fort utiles, bien qu'anonymisées, rendent désormais accessible une base de données toujours plus large, qui dépasse la seule publication de décisions de toute sorte, et liste le nom des arbitres nommés dans des affaires qu'elles administrent[373]. Sans oublier la « dé-confidentialisation » qui résulterait du seul déclenchement d'un recours devant des

---

[367]Par ex., le règlement d'arbitrage de la CCI de 2017, ne prévoit que dans son article 6 sur la confidentialité que : « Le travail de la Cour a un caractère confidentiel qui doit être respecté par tous ceux qui y participent à quelque titre que ce soit. La Cour fixe les règles concernant les personnes qui peuvent assister aux réunions de la Cour et de ses comités et qui ont le droit d'avoir accès aux documents relatifs aux travaux de la Cour et de son secrétariat » ; ainsi, rien n'est prévu sur la procédure arbitrale elle-même.

[368]J.-F. Tossens, *La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ?*, *in* M. Flamee et D. Matray (éds.), *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. p. 25.

[369]B. Fages, *La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière : Rev. arb.* 2003, p. 5.

[370]V. *infra*, n° 156.

[371]À titre d'exemple, une sentence rendue par la CCI contre l'Albanie, qui en principe devait rester confidentielle, s'est retrouvée publiée dans un quotidien national imprimé en milliers d'exemplaires. V. J. Ballantyne, *Albania liable for highway project delays : GAR* 8 sept. 2020.

[372]V. aussi sur plus généralement sur les affaires arbitrales très médiatiques (et not. l'affaire *Tapie*) : G. Levy, *L'arbitrage et les médias – Sciences Po Paris, 1er juin 2012 : Cah. arb.* 2012, p. 730.

[373]V. *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage*, Sect. III (D), selon le règlement d'arbitrage CCI du 1er janvier 2019 ; V. Règl. VIAC, 1er janv. 2018, art. 41 ; V. à ce sujet : T. Labatut, *Faut-il rendre publiques les sentences arbitrales ? : LPA* 2 juill. 2020, p. 11.

tribunaux étatiques, et donc publics, subséquents ou même parallèlement à l'arbitrage[374].

[374]V. Lord Thomas of Cwmgiedd, *Developing commercial law through the courts : rebalancing the relationship between the courts and arbitration*, ICJ Speech, 9 mars 2016.

Chapitre 2

Les inconvénients de l'arbitrage

87. – Le revers de la médaille ? Bien entendu, il est tout à fait possible de reprendre un à un les avantages de l'arbitrage et de présenter leurs pendants négatifs : il en va ainsi du choix de l'arbitre, dont l'impartialité est parfois autant recherchée que son parti pris, ne serait-ce que sur une question de droit que pose le litige et au sujet de laquelle il aurait déjà publié. De même, on peut dire que le pendant de la souplesse, de la confidentialité et de la finalité cumulées, pourrait être le reproche de manque de prévisibilité et de certitudes dans l'issue d'un litige et le sort aléatoire des décisions arbitrales, même sur des questions juridiques ou techniques très similaires, car subordonnées à une analyse *in concreto* et à des aléas comme le droit applicable ou la culture juridique des arbitres amenés à les rendre ou des tribunaux amenés à les valider ou les reconnaître[375]. Les inconvénients majeurs ne proviennent toutefois pas de ce que chaque atout présente un désavantage, mais du fait que l'arbitrage cristallise aujourd'hui des critiques inhérentes et récurrentes, mais dont l'intensité actuelle conduit à le stigmatiser, à tort ou à raison. Cette stigmatisation ne peut être ignorée, et doit être scrutée objectivement. Il s'agit principalement de ses coûts (Section 1) et du défaut d'*imperium* (Section 2).

Section 1

Le coût de l'arbitrage

88. – Une justice payante, parfois luxueuse. Souvent présenté comme un inconvénient, voire un « point aveugle, le non-dit de cette justice »[376], la question du coût de l'arbitrage mérite autant d'être traitée que d'être mesurée, même lorsqu'elle est parfois associée à la démesure. En principe, par sa nature privée et même si la mission de l'arbitre pourrait être théoriquement gratuite[377], l'arbitrage doit être payé par les parties qui y ont recours : après tout l'arbitre rend une prestation – celle de juger – et il n'est pas choquant de le rémunérer pour cela et à sa juste valeur. C'est d'ailleurs un

[375]On pense à l'affaire *Dallah* (CCI, Sent. n° 9987, 26 juin 2001 : *IJAA* 2010, p. 337 où les juges français et anglais ont retenu une solution inverse : Paris, 17 févr. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 370, obs. Train ; *LPA* 2011, p. 7, obs. Delanoy et *Dallah* v. *Pakistan*, 3 nov. 2010, [2010] UKSC 46 ; V. égal. une divergence entre les juges anglais et français dans l'arrêt *Kabab-Ji SAL [Lebanon]* v. *Kout Food Group [Kuwait]* [2020] EWCA Civ 6, 20 janv. 2020).

[376]Th. Clay et W. Ben Hamida, Préface, *in L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 7.

[377]V. *infra*, n° 865.

autre paradoxe de l'arbitrage : jamais la demande pour ce type de justice alternative n'aura cessé de croître, ni le nombre de centres, ni le volume des affaires ni leurs montants en litige, mais jamais la préoccupation des utilisateurs pour un règlement efficace et à moindre coût n'aura été aussi forte[378]. D'ailleurs, les coûts importants de l'arbitrage sont considérés comme étant l'inconvénient majeur de ce mode de résolution des litiges[379]. Même si la concurrence entre les centres ne se joue pas (encore) sur le plan tarifaire, il est certain que leurs statistiques annuelles tendent à montrer, pour chacun, autant que la qualité de leurs prestations processuelles, qu'il dispose du plus grand nombre d'affaires et est le moins cher comparé à d'autres. Pour le règlement CCI par exemple, un barème est classiquement inséré en annexe – qui a été informatisé *via* un algorithme calculateur, comme d'autres centres– pour montrer l'évolution des prix en fonction du montant du litige[380]. Si pour un litige de taille modeste, par exemple 50 000 US$, la facture peut s'avérer lourde, la difficulté se pose surtout pour les « moyens » litiges, entre 500 000 et 1 000 000 US$, où le coût peut être dissuasif. En général[381], on estime que les frais engagés, en tenant compte uniquement des honoraires des arbitres et des frais institutionnels, représentent environ 20 % du coût total d'un arbitrage (ce qui signifie que les honoraires des conseils et les autres frais, notamment ceux relatifs aux audiences et expertises, et aux honoraires des avocats, représenteraient 80 % du coût total), l'ensemble pouvant être comparé dans le tableau de synthèse suivant, concernant les principaux centres d'arbitrage[382].

---

[378]V. C. Ong et M. O'Reilly, *Costs in International Arbitration*, LexisNexis, 2013. – W. Miles, *The ICC's Contribution to Better Management of Time and Costs in Arbitration*, in *Essays in Honour of John Beechey*, ICC Publication n° 772.E, p. 279.

[379]White & Case, *Enquête 2018 sur l'arbitrage international : L'état de l'arbitrage international (2018 Survey)* : dans cette enquête il a été relevé par 67 % des participants que les coûts étaient le majeur inconvénient de l'arbitrage (www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration).

[380]V. Règl. CCI 2021, Appendice III « Les barèmes des frais administratifs et des honoraires des arbitres ».

[381]V. Rapport CCI, *Decisions on Costs in international arbitration, 2015 : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015, Issue 2, p. 3.

[382]Informations tirées de : T. Wessing, *Tool Box On Arbitral Institutions*, 2020, p. 1-66 (www.taylorwessing.com/-/media/taylor-wessing/files/germany/2020/05/arbitration-toolbox.ashx).

Encart 9

Les frais d'arbitrage d'un centre à l'autre : combien ça coûte réellement[383] ?

INSTITUTION	MONTANT DU LITIGE	UN ARBITRE (MOYENNE)	TROIS ARBITRES (MOYENNE)	FRAIS DE L'INSTITUTION
CCI (Paris)	100 000,00 €	10 504 US$	31 512 US$	6 030 US$
	1 M€	41 470 US$	124 410 US$	24 103 US$
	10 M€	114 770 US$	344 310 US$	58 489 US$
LCIA (Londres)	n/a	Payé à l'heure – ne devrait pas être supérieur à 500 £ par heure.	Payé à l'heure (maximum : 500 £).	Frais d'inscription : 1 950 £ ; ensuite, le Secrétariat de la Cour et ses membres sont payés à l'heure (*Schedule of LCIA Arbitration Costs*, art. 1).
SIAC (Singapour)	100 000 SGD	6 250 SGD + 13,800 % pour tout excès au-dessus de 50 000	6 250 SGD + 13,800 % pour tout excès au-dessus de 50 000. Prix par arbitre.	Indisponible

[383] Montants consultés sur les sites des différents centres le 9 février 2021.

INSTITUTION	MONTANT DU LITIGE	UN ARBITRE (MOYENNE)	TROIS ARBITRES (MOYENNE)	FRAIS DE L'INSTITUTION
	1 M SGD	39 150 SGD + 4,850 % pour tout excès au-dessus de 500 000	39 150 SGD + 4,850 % pour tout excès au-dessus de 500 000. Prix par arbitre.	Indisponible
	10 M SGD	126 900 SGD + 0,700 % pour tout excès au-dessus de 5 000 000.	126 900 SGD + 0,700 % pour tout excès au-dessus de 5 000 000. Prix par arbitre.	Indisponible
SCAI (Zurich)	100 000,00 CHF	8 000 CHF	20 000 CHF	4 500 CHF
	1 M CHF	54 000 CHF	135 000 CHF	6 000 CHF
	10 M CHF	50 200 CHF	375 000 CHF	8 000 CHF
VIAC (Vienne)	100 000,00 €	6 000 € – 8 000 €	15 000 € – 21 000 €	1 500 €
	1 M€	26 500 € – 37 100 €	66 250 € – 92 750 €	13 000 €
	10 M€	74 500 € – 104 300 €	186 350 € – 260 750 €	24 900 €
SCC (Stockolm)	100 000,00 €	7 000 € – 18 000 €	15 400 € – 39 600 €	5 200 €
	1 M€	20 000 € – 49 000 €	44 000 € – 107 800 €	17 200 €

INSTITUTION	MONTANT DU LITIGE	UN ARBITRE (MOYENNE)	TROIS ARBITRES (MOYENNE)	FRAIS DE L'INSTITUTION
	10 M€	50 000 € – 139 000 €	110 000 € – 305 800 €	38 200 €
CIETAC (Pékin)	100 000 €	3 998,62 €	3 998,62 € (par arbitre)	1 352,12 €
	1 M€	25,1359 €	25,1359 € (par arbitre)	1 352,12 €
	10 M€	100 686,21 €	100 686,21 € (par arbitre)	1 352,12 €
HKIAC (Hong Kong)	100 000 €	10 075,01 € (max)	10 075,01 € (max par arbitre)	2 950,19 €
	1 M€	47 855,85 € (max)	47 855,85 € (max par arbitre)	9 259,10 €
	10 M€	113 719,63 € (max)	113 719,63 € (max par arbitre)	22 608,83 €
AAA / ICRD (New York)	75 000 US$	Payé à l'heure	Payé à l'heure	800 US$
	1 M€	Payé à l'heure	Payé à l'heure	6 200 US$
	10 M€	Payé à l'heure	Payé à l'heure	14 000 US$

89. – Contrepartie des coûts. À quoi correspondent au juste ces coûts, puisqu'il convient d'en parler au pluriel ? Outre les dépenses traditionnelles engagées pour la défense des parties, généralement les honoraires et frais des conseils, frais que l'on retrouve, mais dans de moindres proportions, dans le contentieux judiciaire, les arbitrages génèrent un coût spécifiquement lié aux honoraires et frais des arbitres[384].

[384] V. C. Duclercq, *Les « nouveaux » coûts dans l'arbitrage international : Cah. arb.* 2013, p. 899 : listant les différents types de coûts qui sont supportés en arbitrage ; v. *infra*, n[os] 1340 et s.

Dans l'arbitrage *ad hoc*, les coûts arbitraux incluent uniquement le coût des arbitres, tandis que dans l'arbitrage institutionnel, les frais administratifs, liés à l'interface entre le centre d'un côté et les parties et arbitres de l'autre, s'ajoutent au poste des arbitres. Mais il serait erroné de croire que l'arbitrage administré coûte nécessairement plus cher que l'arbitrage non administré, tout simplement parce que, dans le premier cas, le centre aura tendance à réguler les honoraires des arbitres souvent indexés à un barème existant, tandis que ces derniers pourront imposer plus librement aux parties, dans l'arbitrage *ad hoc*, leurs taux et volume horaires, même si la plupart des acteurs ont les yeux rivés sur les barèmes d'arbitrage des grands centres d'arbitrage. L'une des sources de critique les plus féroces à l'égard de l'onérosité de l'arbitrage provient souvent de cette phase, en milieu d'arbitrage – parfois malheureusement désignée *discovery* – c'est-à-dire de production de documents nécessaires au règlement du litige, qui est accusée de générer des coûts disproportionnés par rapport à son enjeu réel et alourdirait grandement la durée et l'ardoise finales[385]. Pour finir, le coût de l'arbitrage peut atteindre des sommes titanesques[386], en raison des batteries de moyens déployés, ce que certains auteurs dénoncent en stigmatisant l'arbitrage comme « une justice de luxe, réservée aux plaideurs fortunés »[387]. Et l'on ne peut nier que ces aspects financiers nuisent parfois aux aspects juridiques, le « coût » de l'exercice d'un droit pouvant parfois brider, voire prévenir sa mise en œuvre pratique. À tel point que la jurisprudence française a dû ces dernières années se pencher sur la question de l'accès effectif à la justice arbitrale par et pour une partie impécunieuse[388].

90. – Trop chère, la justice arbitrale ? L'enchérissement des procédures arbitrales est-il cependant une fatalité ? *A priori* non, de la même façon que l'inflation monétaire n'a rien d'inéluctable, l'image d'une justice chère et privilégiée qui colle encore à l'arbitrage[389] mérite ainsi d'être relativisée. D'abord, beaucoup d'arbitrages, notamment internes et/ou *ad hoc*, sans doute les plus nombreux, ceux qui restent confidentiels précisément parce qu'ils fonctionnent bien, impliquent des sommes souvent bien plus modestes[390] et se déroulent avec des moyens autrement plus limités que cette petite partie faite de litiges aux enjeux considérables (parfois à plus d'un milliard d'euros en jeu). De plus, l'enjeu juridique d'un arbitrage vaut celui de trois niveaux d'instance judiciaires. Sur une seule instance, les parties se livrent, en pleine connaissance de cause, à une bataille farouche, parfois coûteuse, pour l'emporter, sur le fond comme sur la forme. Finalement et même en y intégrant le coût des conseils, une procédure arbitrale, à la supposer d'importance, c'est-à-dire technique et

---

[385]D. Wood, *A Judge's Perspective on Arbitration : A Review of Recent U.S. Federal Court Decisions Relating to Arbitration : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015, Issue 2, p. 89, spéc. p. 92, 100.

[386]Dans la célèbre sentence *Youkos Universal Ltd* c/ *Fédération russe* du 18 juillet 2014 (PCA Case n° AA 227) où l'État russe fut condamné au paiement exceptionnel de plus de 50 Md$ de dommages-intérêts (Sent., § 1827), il était question pour ce dernier de rembourser au demandeur qui a prévalu 60 M$ de frais d'avocats (Sent., § 1887), tandis que le total des honoraires des arbitres, de leurs secrétaires et de leurs frais, avoisinait 8,5 M€ (Sent., § 1885).

[387]B. Hanotiau, *Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international*, *Liber Amicorum Guy Keutgen*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 377.

[388]CA Paris, 17 nov. 2011, *LP* c/ *Pirelli*. – F.-X. Train, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international : Rev. arb.* 2012, note p. 267. – Cass. 1re civ., 28 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train ; *Cah. arb.* 2013, p. 479, note A. Pinna.

[389]V. B. Hanotiau, *Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international*, in *Mél. G. Keutgen*, *op. cit.*, p. 377 et s.

[390]À titre d'exemples, on peut tirer des statistiques de la CCI de 2019 que 8,1 % des affaires étaient d'un montant compris entre 500 00 USD et 1 000 000 USD (V. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*).

internationale, n'est pas nécessairement plus coûteuse qu'une longue procédure devant les juridictions étatiques, qui impliquerait une première question sur la désignation du droit applicable ou sur la compétence, avant de trancher le fond, avec, à chaque fois, des recours possibles. Par ailleurs, les règlements et l'usage imposent à chaque partie de verser une provision par moitié des honoraires des arbitres, et le tribunal arbitral dispose de la faculté de répartir différemment dans sa sentence finale les frais de l'arbitrage, selon des considérations d'équité ou selon qui succombe et qui l'emporte, notamment si l'on compare avec un contentieux judiciaire où les dépens et frais d'avocats recouvrés au titre de l'article 700 du Code de procédure civile demeurent bas et plafonnés (V. *infra*, n° 1338). Par ailleurs, l'offre arbitrale n'est pas restée hermétique aux critiques de la demande, toujours plus exigeante, y compris sur le plan financier, en tenant compte du souci de réduction des coûts et les délais, préoccupation des arbitres, praticiens et institutions, avec des conseils toujours plus nombreux prodigués pour contenir ses excès financiers[391]. En outre, un mouvement récent de financement de l'engagement de procès par des tiers, y compris arbitraux[392], soit par des cabinets d'avocats prêts à s'engager, à moindre coût, aux côtés d'une partie peu solvable pour gagner en réputation et une part des montants à accorder à la partie défendue, soit par des entités tierces dont l'objet est précisément de financer un contentieux[393]. Le problème est celui de la participation de ce que l'on appelle « les parties faibles »[394], à travers une offre arbitrale adaptée, voire des aides particulières[395]. Enfin, l'utilisation plus massive du format électronique, autant pour les écritures que pour les audiences, notamment durant la période de la Covid-19, a entraîné une économie substantielle des frais de déplacement et de location de salles d'audience.

Section 2

Le défaut *d'imperium*

91. – Le défaut d'*imperium* : force et faiblesse du contrat arbitral. Parce que l'arbitrage puise sa source et donc sa force dans la volonté des parties, il demeure que l'arbitre peut être présenté comme un juge sinon « dégradé »[396] du moins amoindri. On distingue en effet la *jurisdictio*, le pouvoir de rendre une décision frappée de l'autorité

---

[391]V. aussi, sur les efforts de réduction des honoraires : ICC, Commission Arbitrage et ADR, Rapport sur les *decisions on Costs in international arbitration* ; V. à ce sujet Ph. Cavalieros, *Rapport sur les « decisions on Costs in international arbitration » de la Commission internationale d'arbitrage & ADR de la CCI : Rev. arb.* 2016, p. 359 ; sans oublier que les honoraires des arbitres peuvent désormais être réduits selon le degré de diligence de ces derniers, ce qui, en cas de retard, peut avoir pour conséquence de réduire le montant final des frais arbitraux (dont une partie sera ainsi remboursée aux parties) : V. CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 1er janv. 2019.

[392]*Cf.* M. de Fontmichel, *Le financement par une partie insolvable*, *in* Th. Clay et W. Ben Hamida (ss dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 37.

[393]M. de Fontmichel, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français : Rev. sociétés* 2012, p. 279.

[394]V. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, Economica, 2011, spéc. p. 67.

[395]C'est ce que propose déjà le Tribunal arbitral du sport (C. arb. sport, art. 6, § 9) avec un fonds dédié pour les sportifs qui n'ont pas les moyens d'engager des frais arbitraux et/ou de représentation.

[396]G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 3e éd., 1996, spéc. p. 61.

de la chose jugée, qui appartient à l'arbitre comme au juge, et *l'imperium* qui fait que cette décision dispose de la possibilité de faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée. Si le juge est doté de l'*imperium*[397], souvent représenté par le glaive de la Justice, ce n'est pas le cas de l'arbitre. L'arbitre en effet ne représente ni l'État, ni aucune force ou autorité publiques. Par conséquent, il conviendra, pour la partie qui souhaite obtenir une mesure d'exécution forcée, d'obtenir l'*exequatur* de la sentence dans chaque pays dans lequel il cherchera ce type de mesure (V. *infra*, n° 1662), le tout facilité par les dispositions de la Convention de New York.

On pourrait considérer qu'il s'agit là d'une simple question de procédure, mais c'est en réalité toute la philosophie de l'arbitrage qui est ici en jeu : le processus arbitral présente des limites incohérentes qui constituent autant de fardeaux, juridictionnels et contractuels, n'offrant pas les solutions d'efficacité que le droit judiciaire propose légalement. L'arbitrage n'est donc pas entièrement juridictionnel, et cette faiblesse en entraîne d'autres. Ainsi, l'arbitre ne dispose pas de la possibilité de contraindre et sanctionner immédiatement une situation, avec un risque de blocage de la procédure. C'est assez manifeste dans les cas, fréquents, où des mesures urgentes ou provisoires[398] (V. *infra*, n° 1385) doivent être prises, et où le contraste avec la procédure de référé, par exemple, est évident. Cette faiblesse se double de la difficulté à mesurer l'autorité de la « décision » rendue par l'arbitre d'urgence (V. *infra*, Encart 34 ss n° 1018), pourtant désormais consacré dans la plupart des règlements d'arbitrage[399].

L'autre conséquence de cette faiblesse se retrouve dans les hypothèses de litiges multicontractuels et/ou multipartites, notamment en droit français[400] : il n'existe pas de mécanismes arbitraux de jonction ou d'intervention volontaire ou forcée, en cas de connexité ou litispendance[401], ce qui est assez logique en raison du fondement contractuel de l'arbitrage, même lorsque ces instruments sont prévus dans des règlements[402], et même à l'égard de parties signataires d'une (autre) convention d'arbitrage. De manière plus générale, le défi que représente l'arbitrage multipartite[403] face à la complexification et à la multiplication des contrats et des parties dans les opérations litigieuses est une réalité inhérente à ce type de justice contractuelle. La dispersion des procédures arbitrales peut même parfois faire l'objet de stratégies contractuelles ou procédurales voulues, visant justement à émietter les litiges plutôt qu'à leur résolution consolidée.

92. – L'effet de cette absence d'*imperium* ne doit cependant pas être exagéré. En premier, l'arbitre demeure une autorité juridictionnelle, et comme toute autorité, le pouvoir d'être obéi dépend du pouvoir de commander. Or l'autorité qu'incarne un arbitre[404], « force » le respect, ne serait-ce que parce qu'il est choisi par les parties.

---

[397]R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 11e éd., 2004, p. 59, n° 61-62. – R. Laher, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, préf. G. Decocq, Mare et Martin, coll. « Bibl. de thèses », 2016.

[398]P. Mayer, *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*, in *Mél. J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437.

[399]Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 29, Appendice V ; Règl. d'arbitrage et de médiation du Centre belge (CEPANI) (2020), art. 27 ; Règl. de l'Association française d'arbitrage (AFA) (2017), art. 13 ; Règl. suisse d'arbitrage international de l'Association des chambres de commerce suisses (2012), art. 43.

[400]À contraster par exemple avec le droit néerlandais qui prévoit des dispositions de jonction (CPC néerlandais, art. 1046 et 1051), bien que ces mécanismes ne soient pas si souvent mis en œuvre en pratique. Idem pour le droit de Hong Kong (Règl. d'arbitrage HKIAC 2013, art. 27, 28 et 29).

[401]*ILA Committee Rules & Guidelines*.

[402]Y compris lorsque ces instruments sont prévus dans des règlements, par ex. : Règl. d'arbitrage CCI 2017, art. 7 à 10.

[403]V. E. Gaillard, *L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite : Rev. arb.*1987, p. 359.

[404]V. A. Dimolista, *Sur l'« autorité » de l'arbitre*, in *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*, ss dir. L. Levy et

L'autorité choisie, et bien choisie, a tendance, comme en matière politique, à être plus efficace que celle qui est imposée et crainte. De ce point de vue, l'autorité morale, l'expérience et l'expertise de l'arbitre, choisi par les parties, contribuent à lui attribuer à tout le moins l'*imperium mixtum* qui exprime l'injonction intellectuelle, sans qu'il ne soit nécessaire pour lui de disposer d'un pouvoir de contrainte matérielle[405]. Ce vernis contractuel, où une partie choisit son conseil qui propose un nom d'arbitre, sur lequel tout le monde s'accorde, emporte une forme de crainte à ne pas respecter ses décisions procédurales, de perdre la décision finale, ce d'autant que la spécialisation de la discipline conduit à identifier un « petit monde de l'arbitrage » où il est fréquent que les acteurs se retrouvent, en qualité de conseils, ou comme arbitres, où l'autorité arbitrale devient une forme de nécessité professionnelle.

Par ailleurs, l'État lui-même, détenteur de l'*imperium summum*, reconnaît à l'arbitre une forme d'*imperium* : le tribunal arbitral, dispose l'article 1464, alinéa 1er du Code de procédure civile, « détermine la procédure arbitrale », peut, si une partie détient un élément de preuve, « lui enjoindre de le produire » (CPC, art. 1467, al. 2) et « tranche le litige conformément aux règles de droit » (CPC, art. 1478), quand bien même le juge d'appui peut venir au soutien du tribunal arbitral à l'occasion de difficultés dans sa constitution (V. *infra*, n° 825). En outre, le droit français des recours reconnaît à la sentence une force importante : elle dispose de l'autorité de la chose jugée et les recours ne peuvent porter que sur des éléments très particuliers, ceux identifiés dans les articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile (V. *infra*, n° 1553), de sorte que le juge de la validité de la sentence ne dispose pas, à l'occasion de cet examen, de la possibilité de réviser au fond la sentence. Enfin, les tribunaux français, par leur politique jurisprudentielle favorable à l'arbitrage y compris concernant l'appréciation libérale de l'existence d'une convention d'arbitrage même à l'égard de non-signataires et par la possible « circulation » de la clause compromissoire (*cf.* C. civ., art. 2061, al. 2 et V. *infra*, n° 561), assurent aux arbitres, au moins pour les arbitrages ayant leur siège en France ou devant y être exécutés, la possibilité de pallier l'inexistence de mécanismes de consolidation, d'intervention ou de jonction, et ce faisant, leur reconnaît une forme de pouvoir juridictionnel étendu. À l'étranger et de manière assez approximative, on appelle parfois cette approche la « doctrine française du groupe des sociétés ».

Enfin, il est assez naturel qu'une sentence puisse subir un contrôle, visant, au moins à accorder l'*exequatur*, de validité, de telle manière qu'une sentence, notamment internationale ou étrangère, ne puisse intégrer l'ordre juridique français alors qu'elle serait contraire à la conception française de l'ordre public international notamment.

93. – Bilan. Que retenir de cette série d'avantages et d'inconvénients qui accompagnent le choix arbitral : une équation équilibrée, plutôt qu'une somme qui s'annule ? Sans doute, mais surtout l'idée que, lorsque les parties font le choix d'« acheter » et d'aller à l'arbitrage, elles peuvent être déçues, certes, en payant plus, voire bien plus, que ce qu'elles avaient anticipé, mais elles entrent dans une sphère processuelle sanctuarisée et où la responsabilité de tous les acteurs, y compris les parties elles-mêmes, mais aussi de l'arbitre, déterminera leur degré de satisfaction, et sans doute l'issue de l'arbitrage tout entier. Cette responsabilisation, et le sentiment que le

---

Y. Derains, Pedone, 2011, p. 207.

[405]Ch. Jarrosson, *Réflexions sur l'imperium*, in *Études P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245, spéc. n° 79. – D. Chekroun, *L'imperium de l'arbitre : Arch. phil. dr.* 2009, vol. 52, p. 135, spéc. p. 135.

processus est entre les mains des parties et d'un arbitre de leur choix, sont les traits saillants d'une institution qui, bien qu'imparfaitement, cherche à rester « alternative » en s'adaptant et en répondant constamment aux besoins « autres » et inédits des parties. Au-delà de ses atouts et inconvénients, ce n'est donc pas sa perfection qui rend l'arbitrage attractif, mais bien sa constante perfectibilité. C'est ce que montre aussi son évolution sociologique, marquée par un franc succès, des critiques tout aussi indéniables, sans doute révélatrices du premier, et enfin une légitimité persistante.

Sociologies de l’arbitrage

94. – Réalité de la croissance, du phénomène arbitral et des critiques. Presque autant que les critiques dont il fait toujours plus l’objet, beaucoup évoquent le « succès » de l’arbitrage. S’agit-il d’un succès mesuré en termes quantitatifs par le maintien ou l’augmentation du nombre d’arbitrages, ou en termes économiques, à travers la mesure du chiffre d’affaires généré par ces procédures ou encore des montants en litige ? S’agit-il d’un succès pris en termes d’acceptation de l’arbitrage, c’est-à-dire un succès pris dans une dimension sociologique, politique ou de légitimité ? La dimension quantitative donne une idée de la diversité de la dynamique de l’arbitrage (Chapitre 1), ce qui ne permet pas d’éviter une analyse « sociologique » impliquant d’examiner les acteurs, leur périmètre d’action, les ressorts de ce qui peut être considéré comme constituant le « marché arbitral » ou, dans une autre dimension, le « petit monde de l’arbitrage », où certaines évolutions sont déjà perceptibles c’est-à-dire les conditions de la description de la « société arbitrale » (Chapitre 2), mais encore, eu égard à la prise en compte des critiques dont fait l’objet l’arbitrage, la question de la légitimité de l’arbitrage (Chapitre 3).

Mesurer le succès de l'arbitrage

95. – Un intérêt jamais démenti et quantifiable. Malgré l'ancienneté de l'institution, on peut dire, sans mauvais esprit, que la modernité de l'arbitrage n'a pas pris une ride : il connaît toujours un succès indéniable, reste en expansion et demeure dans l'ensemble favorablement accueilli ; en France comme ailleurs, le nombre d'avocats spécialisés augmente, des formations universitaires naissent et se développent, empruntant d'ailleurs à l'originalité de la discipline, *via* des « concours d'arbitrage », très nombreux. Alors que ce succès était encore et reste encore difficile à quantifier avec précision, notamment en raison de ses caractères privé, alternatif et confidentiel, le développement considérable des statistiques et de la sociologie qui entourent ce qui est désormais un objet d'études pluridisciplinaires permet de se faire une meilleure idée des domaines que l'arbitrage continue de conquérir et de l'allure de ses conquêtes. Fort de sa médiatisation contemporaine, le phénomène expansionniste arbitral ne suit plus le proverbe français et discret selon lequel une affaire sans bruit est une affaire dont le succès est le fruit. À tel point, autre signe de ce succès, que de nombreuses sciences humaines ont commencé à s'y intéresser de très près. Il y a bien entendu la sociologie, dont il sera question ici et qui a permis d'approcher l'arbitrage autant dans sa réalité sociale que quantitativement, mais on ne peut occulter aussi le regain d'intérêt certain et grandissant, depuis la fin du XX^e^ siècle, des historiens, mais aussi des experts de l'intelligence artificielle[406] et même de la psychologie et des neurosciences[407]. Ce frémissement scientifique, que l'on retrouve sur le plan de la recherche, témoigne d'une véritable vitalité de la matière[408]. Clairement, plus de vingt ans après que Bruno Oppetit l'a écrit[409], l'arbitrage continue de « fasciner ». En témoignent les preuves par les chiffres, qui ne trompent guère. Des montants record sont désormais atteints régulièrement. Le temps n'est plus à se demander si l'arbitrage

---

[406]M. Scherer, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making : the Wide Open ? Study on the Example of International Arbitration*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper, n° 318/2019, 2019, p. 5. – M. Scherer, *International Arbitration 3.0 – How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution : Austrian Yearbook on International Arbitration* 2019, p. 504. – J.-B. Racine, *Arbitrage et intelligence artificielle : Rev. arb.* 2019, n° 4, p. 1027.

[407]V. not. R. C. Waites et J. E. Lawrence, *Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy*, Chap. 4, p. 69. – S. Nappert et D. Flatre, *Psychological Factors in the Arbitral Process*, Chap. 5, p. 121, in *The Art of Advocacy in International Arbitration*, JurisNet, 2^e^ éd., mai 2010. – E. Sussman, *Arbitrator Decision Making : Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them : The Am. Rev. of Int. Arb.* (vol. 24), 2013, p. 489 ; *The Roles of Psychology in International Arbitration*, par T. Cole et WW. Park, International Arbitration Law Library, Kluwer, 2017.

[408]Th. Clay, *L'enseignement et la recherche en droit de l'arbitrage*, *in* F. Osman et A. C. Yildirim, *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*, LexisNexis, 2017, p. 35 ; publié aussi *in Paris Journal of International Arbitration* 2017, p. 419 et *in Revista de Arbitragem e mediação* 2018, n° 58, p. 223.

[409]B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, Avant-propos, p. 9.

international serait devenu le mode « normal » de résolution de certains litiges, notamment du commerce international : la réponse semble acquise[410]. Les statistiques les plus récentes le démontrent. Pour ce qui est du premier centre d'arbitrage mondial, la Chambre de commerce internationale constate l'augmentation des affaires en 1980 et 2020, au flux actuel qui s'approche des neuf cents dossiers par an[411]. Le même phénomène se reproduit pour le nombre d'affaires enregistrées au CIRDI qui a atteint un chiffre record en 2018, puisque cette institution arbitrale a enregistré près de soixante nouvelles affaires[412]. La même progression peut être constatée de manière générale à travers le globe, ailleurs en Europe[413], en Afrique[414] et sur les continents américain et asiatique[415]. En revanche il n'existe, semble-t-il, aucune donnée permettant de mesurer le volume d'arbitrages, *ad hoc* ou institutionnel en France notamment, de sorte qu'il n'est pas possible de comparer ce volume à celui d'un autre pays.

96. – Multiplication et ancrage des institutions. Cet accroissement quantitatif n'est pas simplement une question de nombre de dossiers enregistrés par les centres d'arbitrage, mais aussi, et plus sûrement, l'essor continu, sans doute accéléré et plus accentué, du nombre de centres d'arbitrage dans le monde[416], même si ce paramètre n'est pas toujours pertinent pour évaluer là cette hausse, beaucoup de centres s'autodéclarant comme tels, parfois davantage comme des initiatives entrepreneuriales individuelles et n'administrant en réalité que peu ou pas de dossiers. Il reste que cela traduit l'enracinement profond de l'arbitrage institutionnel sur tous les continents. Ainsi, en Europe, si la CCI, basée à Paris, était il y a cinquante ans pratiquement la seule institution reconnue mondialement, elle est aujourd'hui sérieusement concurrencée dans le paysage arbitral européen par un nombre important d'institutions qui ont réussi à s'y imposer : LCIA en Angleterre, SCC en Suède, DIS en Allemagne, CEPANI en Belgique, CAM en Italie, VIAC à Vienne, MIAC en Espagne, NAI aux Pays-Bas[417], *etc.* Même si aucun de ces centres d'arbitrage ne concurrence sérieusement et globalement la CCI, leur pérennité, depuis plusieurs dizaines d'années, leur reconnaissance collective et régionale, la qualité et la fiabilité des sentences rendues sous leur égide leur donnent une crédibilité certaine. On peut également ici aussi mentionner l'ancrage et l'émergence indéniables de certaines institutions arbitrales asiatiques, qui profitent de leur positionnement dans des *hubs* financiers reconnus, pour

---

[410]Y. Derains, *L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage : Gaz. Pal.* 2001, Cah. arb., n° 1, n[os] 119 à 123, p. 10, spéc. n° 1. – E. Loquin, note ss Cass. 1[re] civ., 19 mars 2002, *Tarom : JDI* 2003, 100009.

[411]*2019 ICC Dispute Resolution Statistics : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2019, Issue 1.

[412]V. *Affaires du CIRDI – Statistiques*, 2020-2.

[413]Par ex. : la LCIA en 2020 s'est vu soumettre un nombre record de 444 affaires, dont 407 arbitrages en vertu des règles de la LCIA, représentant ainsi le nombre le plus élevé jamais reçu (V. *2019 Annual Casework Report*).

[414]V. le Centre d'arbitrage international de Kigali (KIAC), le Centre d'arbitrage LCIAMIAC (collaboration entre la LCIA et le Centre d'arbitrage international de Maurice) et le Centre d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce et d'industrie de Maurice (MCCI/Marc) à l'Est.

[415]Le Centre international pour le règlement des différends (ICDR) est la division internationale de l'AAA. Créé en 1996, l'ICDR est parvenu à un record de plus de 990 affaires internationales déposées auprès du ICDR en 2018 ; le SIAC a atteint 479 affaires en 2019 contre seulement 235 en 2012, ce qui démontre une croissance importante (V. *SIAC Annual Report 2019*).

[416]Ainsi, 70 % des institutions arbitrales ont été créées ces trente dernières années, 50 % ces vingt dernières années, V. G. Pendell, *The Rise and Rise of the arbitration institution : Kluwer Arbitration Blog* 30 nov. 2011.

[417]V. M. Savarit Cornali Arbitrage international, *les Principaux chiffres 2016-2019 : Décideurs magazine* 4 janv. 2021. Ce tableau montre le nombre d'affaires par institutions arbitrales entre 2016 et 2019. À ce titre en 2019, ces centres ont administré respectivement : CCI, 860 cas, LCIA : 406 cas ; SCC : 175 cas ; DIS : 145 cas ; VIAC : 45cas. V. égal. à ce titre M. Altenkirch et B. John, *Arbitration Statistics 2019 – How did arbitration institutions fare in 2019 ? : Global Arbitration News, Baker McKenzie* 15 juill. 2020.

déployer une portée régionale : c'est notamment le cas du HKIAC à Hong Kong ou du SIAC à Singapour[418], dont le volume d'affaires a connu une croissance ininterrompue depuis plus de vingt ans. L'Afrique n'est pas en reste avec l'éclosion de centres qui s'inscrivent désormais dans la durée[419].

97. – Concurrence de places émergentes. De la même façon, si l'on se place sur le terrain des sièges nationaux et des villes plus généralement, et non pas seulement des seuls centres d'arbitrage, il est aisé de constater qu'une véritable « guerre économique » se met en place entre pays et régions pour attirer un nombre toujours plus grand de dossiers d'arbitrage dont le siège serait fixé dans leur capitale. Cette concurrence manifeste l'attrait de l'arbitrage comme vitrine d'un forum juridique moderne, neutre et ouvert. Il s'agit d'ailleurs en outre d'une lutte entre les principales places financières mondiales qui souhaitent, outre leur attractivité économique, pouvoir offrir un cadre juridique stable et sûr pour le climat général de leurs affaires et le règlement des litiges y afférents. Il s'agit principalement de Londres, Paris, Genève, New York, Hong Kong, Singapour et, dans une moindre mesure Dubaï[420]. Au sujet de Paris et Londres, leur attractivité ne s'est jamais démentie : si l'on dispose de peu de données économiques pour la première, outre ceux issus de la CCI, il ne fait aucun doute que Paris est une place centrale de l'arbitrage international[421], ce qui peut se mesurer par le nombre de cabinets, spécialisés ou généraux, qui y pratiquent cette matière[422], le nombre d'affaires arbitrales portées ou rendues devant la cour d'appel de Paris[423], le nombre de conférences qui y sont organisées[424] (et de thèses qui y sont soutenues)[425]. De même, Londres, malgré le Brexit, mais surtout en raison de la langue anglaise qui lui est inhérente, continue d'être le siège de nombreux arbitrages internationaux[426]. Cette concurrence des places arbitrales n'a pas pour autant abouti à une destruction de ses valeurs, mais a eu tendance, au contraire, à accroître, presque mécaniquement, la demande d'arbitrage, à moins que la première ne soit révélatrice de la seconde, son

---

[418]Fondé en 1991, le SIAC est devenu une institution d'arbitrage majeure en Asie, puisqu'elle a doublé son volume d'affaires durant la décennie 2010 (en atteignant près de cinq cents nouveaux arbitrages en 2019).

[419]Même si le paysage institutionnel y est particulièrement fragmenté (avec pas moins de quatre-vingts centres africains). Pour n'en citer que quelques-uns : au Nord, le CRCICA en Égypte et le CIMAC au Maroc ; à l'Ouest, la CCJA en Côte d'Ivoire, ainsi que le CADEV ou le centre du GICAM au Cameroun ; à l'Est, le KIAC à Kigali ; au Sud, le MARC et le MIAC à Maurice (deux centres) et l'AFSA en Afrique du Sud ; V. plus généralement M.-A. Ngwe, *État des lieux de l'arbitrage En Afrique : La lettre de l'AFA* nov. 2018, n° 29.

[420]L'attractivité économique des Émirats arabes unis a permis l'émergence de trois grands centres, désormais reconnus régionalement et au volume d'affaires conséquent : le DIAC et le DIFC/LCIA à Dubaï et l'AGDM à Abu Dhabi. À noter que, dans le Golfe, d'autres centres tentent de tirer leur épingle du jeu : le moins ancien BCDR/AAA à Bahrein et le nouveau centre en Arabie saoudite, le Centre saoudien d'arbitrage commercial (SCCA).

[421]L. Vignoli, *Paris, place forte de l'arbitrage international : Le Monde* 13 janv. 2016.

[422]Le site Legal 500 en référence notamment une cinquantaine à Paris.

[423]Entre le 3 septembre 2018 et le 12 juin 2019, la nouvelle Chambre internationale de la cour d'appel de Paris avait été saisie de seize recours en annulation contre des sentences arbitrales internationales et un recours contre une ordonnance d'*exequatur*. V. not. « L'attractivité de la place de Paris : Les chambres commerciales internationales : Fonctionnement et trajectoire », Colloque à la cour d'appel de Paris, 14 juin 2019 : *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2019, suppl. au n° 152, p. 19.

[424]V. not. les conférences organisées chaque année par les cabinets lors de la *Paris Arbitration Week*, ou encore les conférences de l'AFA ou du Comité français de l'arbitrage.

[425]On retrouve notamment plus de cent trente thèses en arbitrage soutenues à Paris entre 2015 et 2020 sur le site thèse.fr.

[426]M. Scherer et J. Koepp, *Consequences of « Brexit » on International Dispute Resolution : Special Issue of Journal of International Arbitration : Kluwer Arbitration Blog* 21 oct. 2016. – J. Croft, *Top judge urges "certainty now" on corporate law after Brexit : Financial Times* 25 juill. 2017.

véritable moteur. La croissance de la demande d'arbitrage ne s'effectue pas en en effet à volume constant, mais à volume croissant dans le même temps.

98. – La Convention de New York de 1958 : étalon du succès arbitral. Autre signe objectif de la croissance continue de l'usage de l'arbitrage dans le monde, au-delà des villes, régions ou centres : l'adhésion continue et massive des États à la Convention de New York, aujourd'hui ratifiée par plus de cent soixante-cinq pays[427]. Ce succès conventionnel est remarquable, pas seulement parce qu'il est singulier dans l'histoire des traités[428], mais parce qu'il a accompagné, pour certains pays, des décennies d'essor du commerce international[429]. Sa valeur n'est donc pas qu'économique[430] : elle est aussi politique, juridique et symbolique. D'ailleurs, malgré les crises récentes du commerce international[431], amorcé au milieu à compter de 2008 et renouvelé avec la crise de la Covid-19, cette tendance régressive n'a pas perturbé le succès de cet instrument. La raison en est peut-être qu'elle demeure un juste compromis entre, d'un côté, un traitement qui se veut universel et souple et, de l'autre, les spécificités locales, de la reconnaissance des sentences arbitrales « étrangères ». Son influence est telle que la violation de cette convention est devenue une source de mise en jeu de la responsabilité des États sur le plan international[432]. Même les tribunaux français, dont le droit prévoit des dispositions exhaustives pour l'arbitrage international, continuent parfois d'y faire référence[433]. La Convention est ainsi devenue un étalon juridique et a servi de modèle, tant dans son contenu que dans sa philosophie, à un autre instrument du futur, à qui certains promettent le même avenir : la Convention dite de Singapour sur la médiation adoptée le 20 décembre 2018[434].

---

[427]Après l'Éthiopie et la Sierra Leone, en 2020, le Malawi et l'Irak ont ratifié la Convention de New York. Ce sont les pays qui n'ont pas encore adhéré ou ratifié la Convention qui représentent désormais une infime minorité (not. la Libye, l'Iraq…).

[428]V. P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, coéd. PUF et Graduate Institute Geneva, 1995 ; à noter égal. que la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 est un des seuls traités plus ratifié que la Convention de New York, avec une ratification par plus de cent quatre-vingt-dix États reconnus par l'ONU (à l'exception des États-Unis).

[429]Il faut également reconnaître que, inversement, la croissance de l'arbitrage international – commercial comme d'investissement – a été conditionnée par l'essor du commerce mondial, de sorte que, compte tenu des perspectives plus limitées de ce dernier dans les années à venir, certaines s'interrogent aussi sur l'avenir du recours à l'arbitrage international. V. égal. que la seule recherche approfondie sur la question de l'impact de la ratification de la Convention de New York sur les flux d'IDE a révélé que « [d]ans les quatre années précédant la signature de la Convention de New York, la croissance des flux d'IDE moyens est d'un peu plus de 2 %. La croissance est de 10 % pendant les quatre années suivant la signature de la Convention de New York et de 11 % pendant les huit années suivant la signature de la Convention de New York » (A. Myburgh et J. Paniagua, *Does international commercial arbitration promote Foreign Direct Investment : The Journal of Law and Economics* 2016, vol. 59, n° 3, p. 603). Une étude antérieure avait montré que la ratification de la Convention de New York augmentait généralement le commerce d'un pays de 15 à 38 % (P. Leeson, *How Important is State Enforcement for Trade : American Law and Economics Review* 2008, vol. 10, n° 1, p. 61).

[430]V. P. Tercier, *Le grand succès de l'arbitrage commercial international et de la Convention de New York : CAPJIA* déc. 2019, p. 653, spéc. p. 656 et s.

[431]*A Little-Noticed Fact About Trade : It's No Longer Rising : New York Times* 31 oct. 2016 ; *Avec l'élection de Trump, la démondialisation a-t-elle commencé ? : Le Monde* 13 nov. 2016. – P. Ghemawat, *La globalisation à l'ère de Trump : Harvard Business Review* avr.-mai 2018. – J. Watson, *Have we reached peak globalisation ? : IBA Newsletter* 11 avr. 2018.

[432]V. *Saipem S.p.A.* v. *People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case ARB/05/07, 21 mars 2007 ; V. aussi : J. C. Betancourt, *State Liability for Breach of Article II.3 of the 1958 New York Convention : Arb. Int.* 2017, vol. 33, p. 203-247.

[433]Cass. 1re civ., 8 juill. 2015, *Ryanair : Rev. arb.* 2015, spéc. p. 1131.

[434]V. *supra*, n° 20.

99. – La diversité croissante des secteurs concernés. Compte tenu du lien historique entre l'arbitrage commercial international et le commerce international, il est désormais usuel, si ce n'est systématique, de retrouver des procédures arbitrales dans presque tous les secteurs du commerce international : le commerce maritime, le commerce de biens et matières premières, le secteur de la construction, des investissements, de la distribution, franchise et agence commerciale, de prestations de services, de l'énergie, des relations entre associés, *etc.* Les champs d'intervention de l'arbitrage n'ont cessé de se multiplier et de toucher, au-delà des secteurs industriels, toujours plus de domaines, bancaires[435], pharmaceutiques[436], sportifs[437], autrefois relativement étrangers ou hermétiques à ce mode de règlement des litiges, et des cadres qui semblaient plus fermés à l'arbitre : on songe ainsi au droit patrimonial de la famille[438], autrefois domaine strictement réservé au juge étatique ou religieux, ou encore au droit de la consommation ou du travail[439], de sorte que l'arbitrage, notamment en France, semble toujours dans une dynamique de conquête de nouveaux marchés[440]. Ce qui frappe le plus, compte tenu de la forte médiatisation qui existe dans ce domaine, c'est le fait que la nouvelle économie, celle des technologies de l'information et des réseaux sociaux de la *Silicon Valley*, a aussi recours à l'arbitrage[441]. Même des secteurs moins puritains de l'économie, comme la vente de cannabis[442] ou encore l'industrie dite « du charme », succombent à celui de l'arbitrage[443], avec parfois même des ordonnances de procédure rendues publiques dans des contextes aussi bien politiques que salaces[444].

---

[435]V. CA Paris, 14 déc. 2019, *SA des Galeries Lafayette et a.* c/ *BNP Paribas Personal Finance et a. : Rev. arb.* 2019, p. 1209.

[436]Par ex., le nombre de litiges pharmaceutiques devant l'*American Arbitration Association* a presque doublé entre 2009 et 2013 (passant de vingt-six à quarante-sept cas). Similairement, en 2016, les litiges relatifs aux produits pharmaceutiques et aux soins de santé étaient le sixième secteur d'activité le plus important pour l'arbitrage international de Londres.

[437]Il suffit de relever la croissance exponentielle du nombre de dossiers enregistrés par le Tribunal arbitral du sport depuis sa création : en 1990, seulement une vingtaine de litiges étaient enregistrés contre environ six cents demandes d'arbitrages, en 2016.

[438]L'arbitrage familial au Québec est permis et régi par une loi de 1997 ; aux États-Unis, il existe même des *divorce arbitrations* ; en France, l'arbitrage dans ce domaine semble être permis dans une plus grande mesure que dans le passé (V. Centre d'arbitrage des affaires familiales : www.arbitrage-familial.fr).

[439]Des centres arbitraux spécialisés dans ces matières ont été créés, notamment le Centre national d'arbitrage du travail, à Paris (CNAT).

[440]V. *Les nouveaux marchés de l'arbitrage : vers une privatisation de la justice, Actes du colloque du 20 décembre 2019*, ss dir. S. Amrani-Mekki et l'ENM : *JCP* G 17 févr. 2018, n° spécial.

[441]Facebook, Uber, Amazon, Google, Airbnb, Apple, Tesla, et bien d'autres encore ont fait appel à l'arbitrage ces dernières années pour régler toute sorte de litiges médiatiques, y compris internes, et notamment aux États-Unis ; V. aussi au sujet du conflit qui a opposé en 2021 Facebook à l'Australie, un nouveau code dans ce pays (NMDPMBC) qui prévoit le recours obligatoire à l'arbitrage : J. Morrison, E. Williams, « Facebook (temporarily) Un-Friends Australia : Arbitration as a Tool in Online Media Regulation », *Kluwer Arbitration Blog*, 26 mars 2021.

[442]V. *US n° 2020-P4, Earth Science Tech, Inc.* v. *Impact UA, Inc. et al., United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, N° 19-10118, 14 April 2020*, *in* S. W. Schill (éd.), *Yearbook Commercial Arbitration 2020*, vol. XLV, p. 1-16.

[443]V. C. Powell, *Spanish Porn Site Agrees To Arbitrate Film Co.'s IP Suit : Law360* 26 janv. 2016, disponible (www.law360.com/articles/750942/spanish-porn-site-agrees-to-arbitrate-film-co-s-ip-suit, visité en dernier lieu le 22 févr. 2021).

[444]Dans un litige impliquant indirectement l'ancien Président américain D. Trump et une star du cinéma érotique, Stormy Daniels, une arbitre d'urgence, siégeant en Californie sous l'égide d'un centre arbitral nommé ADRS, a rendu une ordonnance datée du 27 février 2018, enjoignant l'actrice au respect d'une transaction et de sa clause de confidentialité (V. le texte de l'ordonnance : www.nytimes.com/files/stormy-Daniels-restraining-order.pdf ; V. aussi *Trump Lawyer Obtained Restraining Order to Silence Stormy Daniels : New York Times* 7 mars 2018 ; *Trump accused of using « bogus » arbitration to silence pornstar : GAR* 8 mars 2018).

100. – Si les chiffres et signes ne trompent donc pas, encore faut-il s'accorder sur leur sens : s'agit-il d'une évolution nécessaire, presque endogène, comme si le développement de l'arbitrage constituait une forme de nouveau « bien » juridique et judiciaire, ou bien une conséquence du développement du commerce international qui se défie des règles étatiques ? D'inévitables critiques apparaissent ainsi, de sorte que, au-delà de la seule approche quantitative, une approche plus qualitative, notamment en termes d'acteurs, de communautés, de marchés, de structures et de tendances sociaux, s'impose pour mieux appréhender le phénomène de l'arbitrage.

La « société arbitrale »

101. – Signe peut-être d'un intérêt certain mais aussi d'une nouvelle forme d'ouverture et de (re)connaissance, jamais l'arbitrage n'a fait l'objet d'autant d'études empiriques, académiques ou pratiques, juridiques ou non juridiques et notamment sociologiques. Ainsi, les centres d'arbitrage publient désormais des rapports statistiques réguliers, des analyses de dossiers en termes de taille, de coûts ou d'origine des parties, organisent des sondages périodiques auprès des utilisateurs, créent des groupes d'études sur l'ampleur et la réception de certaines pratiques[445], révèlent les tendances sociales au sein de la profession, notamment la question de sa féminisation ou de la diversité, publie des recommandations sur la meilleure manière d'entamer sa carrière ou sur le meilleur moyen de devenir un jeune arbitre, *etc.* Une « sociologie de cette sociologie » fait remonter cette tendance au tournant du XXI[e] siècle. Cette science humaine, dont l'un des postulats durkheimiens est de traiter les faits sociaux comme des choses observables, consiste, appliquée avec précaution et humilité à l'arbitrage, à en rendre compte comme un groupe social, de façon plus ou moins critique, empirique ou expressive, mais avec des méthodes relativement systématiques, pour analyser ses acteurs et leurs comportements, ses tendances et le « phénomène »[446] arbitral qu'il représente. La place de la sociologie est historiquement plus présente en France qu'ailleurs, mais on doit aussi reconnaître que le mouvement est mondial s'agissant de l'étude de l'arbitrage[447]. On peut d'ailleurs constater que, depuis les premiers à véritablement se pencher sur la question, de façon critique[448], la dernière étude à avoir poussé le plus loin la réflexion est sans doute celle d'un auteur et praticien autorisé pour rendre compte des évolutions sociales constatées aujourd'hui comme depuis plusieurs décennies dans le monde de l'arbitrage[449]. Certains chiffres, plutôt évolutifs, ont déjà été restitués (V. par ex. *supra*, Encart 6, ss n° 66) : place ici à l'analyse de la structure du groupe social, sa réalité et son économie, telles qu'elles ressortent aujourd'hui.

102. – La « société arbitrale » et ses acteurs. Pour justifier une approche sociologique, il est nécessaire de partir du postulat qu'il existe un « groupe arbitral » dont le périmètre est délimitable et pouvant faire l'objet d'une étude méthodologique, ce que ce groupe désignait comme le « petit monde de l'arbitrage ». De fait, la sphère

---

[445]Preuve de la diversité des études : PWC et l'Université de Queen Mary ont publié une étude focalisée sur les montants : *Damages awards in international commercial arbitration*, déc. 2020. On trouve aussi des études de grande ampleur (réalisées sur plusieurs années et des dizaines de pays) orientées géographiquement : *A study of International Commercial Arbitration in the Commonwealth*, Commonwealth Secretariat, sept. 2020.

[446]Entendu comme « ce que l'on observe ou constate par l'expérience et qui est susceptible de se répéter ou d'être reproduit et d'acquérir une valeur objective, universelle » (source : CNRTL, V° *Phénomène*).

[447]C. R. Drahozal, *The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration : Arb. Int*. 2006, vol. 22, p. 291.

[448]V. Y. Dezalay, *Les marchands de Droit*, Fayard, 1992. – Y. Dezalay et B. G. Garth, *Dealing in Virtue*, préf. P. Bourdieu, The University of Chicago Press, 1996.

[449]E. Gaillard, *Sociology of international arbitration : Arb. Int*. 2015, vol. 31, p. 1 ; *Nouvelles réflexions sur la sociologie de l'arbitrage : Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 7, p. 35.

des acteurs traditionnels est désormais mieux connue[450], surtout en France où les contours et dynamiques de la « communauté arbitrale » ne sont plus fantomatiques.

103. – La première catégorie de cette société arbitrale est constituée de la catégorie des arbitres[451], dont la spécialisation et la professionnalisation, longtemps niées, sont devenues une réalité : comme les conseils, ils sont désormais scrutés *via* le contenu de leurs écrits ou leurs sentences et leur expérience. Ils sont souvent répertoriés et notés dans des classements en tout genre, selon leur disponibilité et leur efficacité à conduire un arbitrage. Leur nombre, leur profil et même leur coût sont désormais connus.

Ils sont les « stars » du système arbitral, avec dans cet ensemble, des stars très visibles, mais aussi de petites étoiles, certaines en maturation, qui attendent leur première grande désignation.

104. – Une deuxième catégorie est constituée des parties et « utilisateurs » de l'arbitrage[452]. Ils sont assez peu représentés dans cette société arbitrale alors, paradoxalement, qu'ils en forment le cœur des sondages ou des conférences, représentés presque exclusivement des directeurs juridiques des grands groupes et non des parties proprement dites, plus occasionnelles, des PME ou des individus aux moyens plus limités. Il est vrai toutefois que le son de cloche est, dans tous les cas, plutôt critique, voire sévère, comme si le véhicule arbitral était conçu pour eux mais sans eux[453].

105. – La troisième catégorie, également bien établie, est représentée par les conseils[454], avocats, *avvocato, Rechtsanwalt* et autres *barristers* ou *solicitors* en tout genre, même si leur adhésion à tel ou tel barreau n'est pas nécessairement une condition déterminante de leur appartenance à la catégorie. Les annuaires et techniques de *rating* ont depuis longtemps délimité les contours de ces acteurs, des principales études, personnalités et structures, boutiques spécialisées, locales ou internationales : leur classement, par taille, spécialité ou zone géographique couverte, donne une certaine contenance, du moins une visibilité certaine à cet ensemble professionnel, même si la frontière avec le monde des arbitres est ici parfois plus ténue à dessiner, les uns agissant tantôt comme conseil, tantôt comme arbitre. Cette catégorie tend à s'autonomiser, soit en constituant des cabinets spécialisés dans l'arbitrage, soit en proposant des pratiques innovantes, du fait de leur poids économique, par exemple pour financer l'arbitrage de leurs clients en avançant les frais d'arbitrage avec, comme garantie, une clause compromissoire dans leur convention de financement ou d'honoraires[455].

106. – Enfin, la quatrième et dernière catégorie est constituée des institutions arbitrales dont il a déjà été question[456] : leur qualité et leur nombre croissant, le fait que beaucoup de membres de leur personnel proviennent de cabinets de conseils,

---

[450]V. Dossier of the ICC Institute of World Business Law : *Players' interaction in International Arbitration*, 2012. – V. Th. Schulz et F. Ortino, *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, 2020, spéc. p. 235 et s., 260 et s., 328 et s.

[451]Th. Clay, *Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique*, in *Les arbitres internationaux*, Société de législation comparée, 2005, p. 13. – C. A. Rogers, *The Vocation of International Arbitrators : American University International Law Review* 2005, p. 957. Cité *in* E. Gaillard, *Sociology of international arbitration : Arb. Int*. 2015, vol. 31, spéc. p. 4.

[452]V. V. Veeder, *The Role of Users*, *Dossier of the ICC Institute of World Business Law : Players' interaction in International Arbitration* 2012, p. 40.

[453]Au point que certaines sociétés utilisent encore la faculté que leur offre l'arbitrage qui est d'y participer seules et directement, sans qu'une représentation (de la part d'un conseil) ne soit jugée nécessaire.

[454]M. Henry, *La place de l'avocat dans l'arbitrage. Avocat arbitre et avocat conseil : CAPJIA* 2019, n° 4, p. 637.

[455]Ph. Pinsolle, *Le financement de l'arbitrage par les tiers : Rev. arb.* 2011, p. 385, spéc. 396.

[456]V. *supra*, n° 66 ; V. aussi *infra*, n° 139.

poursuivent une carrière dans d'autres cabinets, ou se destinent à devenir arbitres, rendent parfois l'exercice de délimitation de cette population institutionnelle plus délicat[457], même si leur contribution, par les désignations d'arbitres auxquelles elles procèdent, par leur encadrement de la procédure, voire même par les formations et publications qu'elles assurent, est devenue certaine.

107. – Un corps arbitral ouvert et dynamique. La circulation des personnes au sein des différentes catégories de la société arbitrale, celle des arbitres, celle des cabinets d'avocats et celle des institutions, ne sont pas forcément des mauvais signes, même si la critique désormais classique sur la « double casquette » demeure pertinente[458]. Les perspectives sont différentes et complémentaires : celui qui a pu amasser une expérience dans plusieurs de ces catégories finit par cerner assez bien l'intégralité du processus arbitral et il est plus en phase avec les attentes des uns et des autres et surtout des utilisateurs. Plus généralement, plutôt que de fonctionner dans ce qui serait un vase clos, cette circulation contribue aussi à unifier et consolider les contours et la cohérence d'une communauté arbitrale qui a connu ces dernières années une expansion, pour ne pas dire une démocratisation, considérable, plus éloignée désormais du « club » des *happy few* qui était encore la norme au début des années 1990[459]. De même, la mise en place progressive de « rituels », voire d'un certain cérémonial durant les audiences[460], participe de la formation de cette « classe arbitrale ». Ainsi, pour ne citer que ceux-là : la création de diplômes spécialisés en droit de l'arbitrage, en France, comme ailleurs, ayant déjà fait émerger au moins une génération de jeunes praticiens, la participation de tous ses acteurs à ces enseignements universitaires, ainsi qu'aux grands concours d'arbitrage, la profusion de la littérature en la matière, généralement scientifique[461], et l'intérêt régulier de la presse généraliste, la récurrence, parfois excessive, des conférences, séminaires et formations, y compris certaines conférences périodiques « de masse » (ICCA, IBA, CCI, *etc.*), incontournables dit-on, les cérémonies de remises de prix où les praticiens votent pour remettre des « césar-bitrage » à leurs pairs, la formation de groupes sociaux selon des catégories d'âge ou de sexe, la multiplication des forums en ligne et réseaux sociaux où

---

[457]D'autant que certains conseillers au sein de ces centres agissent aussi comme secrétaires du tribunal : V. les assistants des tribunaux du CIRDI : https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/contenu/arbitres/assistants-de-tribunaux ; au sujet de cette nouvelle catégorie d'acteurs que sont les secrétaires, V. *infra*, n° 797 ; V. *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 1er janv. 2021, n° 217, qui énonce que : « Le Secrétaire administratif peut fournir un service utile aux parties et au tribunal arbitral dans le cadre d'arbitrages CCI. Bien que principalement engagé pour seconder un tribunal arbitral composé de trois arbitres, le Secrétaire administratif peut également assister un arbitre unique ».

[458]V. à ce sujet (appelé en anglais le *double hatting*), le récent *Draft ICSID-UNCITRAL Code of conduct* (https://uncitral.un.org/en/codeofconduct) ; pour une illustration de la problématique : Tribunal du district de La Haye, 18 oct. 2004, *Rép. du Ghana* c/ *Telekom Malaisie*, Action en récusation n° 13/2004 / Pétition n° HA/RK 2004.667, cité *in* M. Henry, *La place de l'avocat dans l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 643.

[459]Y. Dezalay et B. G. Garth, *Dealing in Virtue : International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996, p. 10 ; ces auteurs avaient même trouvé alors un acronyme un peu acide à ce sujet : le terme de « mafia » pour *mutual association for international arbitration*.

[460]Au sujet desquels on a analysé, non sans une certaine ironie, la valeur symbolique relative : V. E. Gaillard, *Sociology of international arbitration*, préc., spéc. p. 10 et s.

[461]Le nombre de publications dans le domaine arbitral est colossal, puisque l'on parle de dizaines de revues trimestrielles qui paraissent chaque année en anglais (qui se taillent la part du lion) uniquement en droit de l'arbitrage et des ADR (à noter : les auteurs ont pu répertorier plus de cent revues spécialisées dans le monde, uniquement en anglais, espagnol, portugais, français et arabe). Sans évoquer à nouveau la *Global Arbitration Review* (*GAR*), parfois rapprochée du « Gala-arbitrage », et qui mentionne les « transferts » d'une « star » d'un cabinet à l'autre et dont les praticiens restent friands.

sont commentés en temps réel les sujets d'actualité, et même l'adhésion à un certain nombre de « normes » de comportement attendues de la part de ces acteurs[462], *etc.*, sont autant de signes de la maturité de ce phénomène social, qui contribuent objectivement à l'interaction, aux échanges, à la coopération, mais aussi à la compétition, au sein d'une « communauté » qui prend ainsi vie et corps et donne une relative et apparente cohésion à l'ensemble.

108. – L'émergence de nouveaux acteurs. D'autant que cette communauté s'agrandit, et pas juste en nombre : elle s'enrichit constamment de nouveaux acteurs qui n'intervenaient pas dans la même mesure au siècle dernier, mais qui remplissent des missions plus ou moins essentielles, plus ou moins satellites.

109. – Les experts sont présents sur la scène arbitrale depuis quelque temps, mais, même s'ils ne sont pas désignés par un arbitre, mais par chacune des parties, ils interviennent désormais aux côtés des conseils, si ce n'est avec plus de systématicité, du moins avec des exigences d'indépendance, un poids et des attentes qui rendent leur rôle bien plus prégnant que par le passé, notamment pour rendre compréhensibles pour les arbitres, des problématiques techniques, économiques et financières, voire juridiques[463]. De même, les secrétaires administratifs[464] dits aussi « secrétaires du tribunal arbitral », censés assister les arbitres, le plus souvent un président ou un arbitre unique, et généralement constitués de jeunes collaborateurs pratiquant dans le même cabinet que ces derniers, sont une population de plus en plus nombreuse, suscitant un véritable intérêt, avec une utilité réelle, un recours toujours croissant à leurs services et une réglementation plus vaste et détaillée[465], que de critiques sur le rôle qu'ils peuvent occuper comme « quatrième arbitre » ou comme « faisant fonction d'arbitre ». Les tiers financeurs[466], à côté des assureurs qui, en matière de procès de tout type, y compris arbitraux, ont toujours été présents pour couvrir le « risque arbitral »[467], au sujet desquels une littérature pléthorique, des règles éthiques et même de la jurisprudence, étatique comme arbitrale (surtout émanant du CIRDI)[468], ont émergé avec force depuis les années 2010. Ils ne sont pas devenus des acteurs à part entière, en tout cas ne sont pas perçus comme tels, dans le monde de l'arbitrage contemporain. Leur rôle premier est de permettre à des parties de financer leur recours à un arbitrage souvent coûteux, dans le domaine commercial mais surtout en matière d'investissements, ce qui a entraîné parfois des critiques virulentes[469] à leur égard, notamment en permettant à des arbitrages coûteux et présentés comme abusifs de se tenir contre des États aux moyens

---

[462]On pense notamment, pour les arbitres, aux règles IBA sur les conflits d'intérêts (*Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International*) et, pour les conseils, les Règles IBA sur les représentants (*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*) ; V. aussi en France la « Charte éthique de l'arbitrage » établie par la Fédération des centres d'arbitrage (réunissant plus de dix institutions françaises).

[463]Ce qui pose aussi la question de la double casquette pour tous ceux qui sont tantôt désignés comme arbitres, tantôt comme experts ; V. *supra*, n° 107.

[464]*Young ICCA guide on arbitral secretaries*, The ICCA Reports n° 1, 2014.

[465]Ils sont ainsi désormais expressément prévus dans certains règlements (Règl. LCIA [2020], art. 14A) et sont soumis à des devoirs de transparence et d'indépendance quasi similaires à ceux des arbitres (Règl. CCI [2017], art. 11).

[466]J. Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016.

[467]J. El Ahdab, *La gestion du risque arbitral par les parties : RGDA* 2012, p. 241.

[468]V. en dernier lieu et de manière assez inédite la sentence d'un tribunal arbitral rendue sous l'égide du CIRDI qui a décidé que le financement par un tiers (pas à la procédure, mais le parallèle est possible) peut être qualifié d'investissement selon la Charte de l'énergie : *Portigon AG* v. *Kingdom of Spain*, Aff. CIRDI n° ARB/17/15.

[469]V. *infra*, n° 118.

financiers limités. Mais l'intervention d'un tel tiers financeur permet aussi à la partie financée de faire réaliser un véritable audit, juridique et financier, précocement, plutôt qu'en pleine procédure, de la viabilité juridique de son dossier, ce qui la contraint à faire le « bon arbitrage avant l'arbitrage », pour mesurer si, compte tenu des contraintes identifiées en amont, mais également du coût en aval, et après ponction considérable réalisée par le tiers financeur, il est raisonnable de se lancer dans une telle procédure.

110. – Une nouvelle catégorie d'acteurs a surgi dans le paysage arbitral contemporain et tire profit de l'usage croissant et massif de l'outil informatique dans le monde juridique : outre les traditionnels sténotypistes qui parfois recourent à des systèmes sophistiqués d'enregistrement et de digitalisation de la voix, l'irruption des fournisseurs de support, informatiques ou de visioconférences, pour des réunions virtuelles s'est imposée de manière frappante depuis la crise sanitaire de 2020.

Mais l'élément le plus frappant né de cette évolution technique est constitué de l'entrée en scène de sociétés, dites *LegalTech*, qui, grâce à la gestion systématique de mégadonnées, aussi bien juridiques que judiciaires – en compilant et analysant par des algorithmes sophistiqués des centaines d'interminables sentences – ou encore sociales, sur le profil de tel ou tel arbitre selon son expérience, ses écrits et ses décisions, proposent d'anticiper, si ce n'est de « prédire », *via* une forme d'intelligence artificielle, l'issue d'un litige, selon un ou même plusieurs paramètres, pour réduire l'« aléa arbitral ». La question de la « justice prédictive »[470] a surtout été identifiée pour des procès récurrents de relativement faible intensité, comme les litiges du travail, de la famille (divorce) ou du « petit » droit pénal, mais l'enjeu véritable de leur développement repose bien évidement sur la capacité, non actuelle, de ces outils à développer des prouesses dans les domaines hypersophistiqués des « grands litiges », y compris d'ailleurs pour offrir des solutions d'arbitrage entièrement numériques, dont l'esquisse a été dessinée par la loi du 21 mars 2019 (V. *infra*, n° 1253).

111. – Les « fournisseurs de valeurs », comme un célèbre auteur[471] les a identifiés, réunissent, dans une dernière et même catégorie, les acteurs qui ont pour finalité d'influer sur la manière de légiférer et/ou de pratiquer l'arbitrage. Même si cette catégorie est sans doute trop hétérogène, les « valeurs » étant, dans le domaine de l'arbitrage comme ailleurs, relatives, elle mérite d'être restituée. Les États eux-mêmes, notamment *via* leurs législations ou institutions, en se faisant concurrence pour attirer dans leurs places d'arbitrages ces procédures, favorisant leurs acteurs juridiques, leurs juridictions de recours, *etc.*, des organisations internationales, comme la CNUDCI, pour édicter des modèles législatifs ou normes réglementaires par le biais de la participation des États à leurs commissions, des organisations non gouvernementales qui font parfois du lobbying contre les multinationales, en utilisant les travers de certains arbitrages les impliquant contre des États, comme moyen efficace pour attaquer les premières, des organismes professionnels, comme l'IBA ou l'ICCA, pour émettre des guides et rapports sur des sujets aussi bien juridiques que sociologiques[472] sont autant de représentants de ces « fournisseurs de valeurs ». On pourrait ajouter les éditeurs d'ouvrage et de sites spécialisés, les revues juridiques, les acteurs qui proposent un *rating* des autres catégories, les organisateurs de grands concours d'arbitrage, *etc.* Il n'est en tout cas pas exagéré de dire que le cœur des valeurs arbitrales, à supposer que

---

[470] *Cf.* A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018. – B. Dondero, *Droit 2.0*, LGDJ, 2015.
[471] E. Gaillard, Sociologie de l'arbitrage international, *JDI*, 2015, p. 1089.
[472] E. Gaillard, *Sociology of international arbitration : Arb. Int*. mars 2015, vol. 31, n° 1.

l'on puisse les identifier, est constitué à tout le moins d'un fort attachement au caractère alternatif et/ou international de l'arbitrage par rapport à la justice étatique et/ou nationale.

112. – Un marché de l'arbitrage ou une société arbitrale ? Tout corps social cherche, pour maintenir sa cohésion, à trouver un équilibre entre, d'une part, une forme de coopération et de solidarité, notamment en vue de défendre des intérêts et des valeurs communs, ici de l'arbitrage, et, d'autre part, une forme de tension engendrée par l'inévitable concurrence entre ses différents acteurs, s'agissant de l'existence d'un pouvoir qu'il soit politique, social ou économique. À l'heure du constat de la « marchandisation du droit »[473], qui se manifeste par l'enjeu de l'« attractivité » recherchée de telle place ou centre d'arbitrage par exemple, la question se pose, en tout cas depuis peu, d'une mutation ou d'une superposition de cette société arbitrale, en économie arbitrale. Et si l'arbitrage n'était pas au-delà d'une forme de justice, alternative à la justice étatique, un prétexte habile pour enraciner un marché spécifique de services juridiques[474] ? En mettant un instant de côté les critiques sur les dérives marchandes et les intérêts pécuniaires que brasse l'arbitrage, et au-delà des théories économiques sur la notion de marché[475] ou celles, issues des écoles de droit américaines, qui réduisent les mécanismes juridiques à leur efficience économique[476], il est possible de considérer que, parce que l'arbitrage est une justice à titre onéreux et consiste en un échange de valeurs, la question de l'offre et de la demande des services arbitraux se trouve forcément posée, et donc par là même celle de l'existence d'un marché arbitral[477], marché qui du reste connaît des effets de seuil, en deçà desquels aucun arbitrage ne pourrait être engagé, mais pas de plafond.

Il n'est tout d'abord pas question, ici, de proposer une analyse économique. On peut juste constater que ni les juristes ni les économistes[478] ne se sont véritablement penchés sur l'intersection entre les notions de marché et d'arbitrage. Pourtant, il existe incontestablement une demande dont le périmètre, on l'a dit, tend à s'élargir, pour concerner des acteurs aussi hétérogènes que des consommateurs ou des États entre eux, mais dont la structure, difficile à identifier, est constituée d'un noyau impliquant

---

[473]J.-B. Racine, *La marchandisation du règlement des différends : le cas de l'arbitrage*, cité *in* E. Loquin et A. Martin, *Droit et marchandisation*, Litec, 2010, p. 321.

[474]Sur cette notion V. M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché : Arch. phil. dr.* 1996, t. 40, p. 287 et s.

[475]Que l'on peut définir, si l'on doit synthétiser les ouvrages et manuels dans ce domaine, comme : le lieu, réel ou fictif, où se rencontrent des vendeurs (l'offre) et des acheteurs (demande) et où s'opèrent donc des échanges qui donnent lieu à des confrontations et conciliations entre opérateurs afin que se déterminent, pour chaque bien ou service, les quantités échangées et le prix de cession. À ce marché, et bien que jugées irréalistes par beaucoup, sont encore associées, et utilisées comme modèles, les (cinq) conditions de la concurrence pure et parfaite, à savoir : un marché atomisé en de nombreux intervenants ; un marché de biens/services interchangeables de sorte que seul le prix est déterminant ; un marché libre d'accès et sans barrières à l'entrée ; un marché transparent où l'information des agents est parfaite ; un marché où les facteurs de production sont mobiles. V. par ex., E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 29 janv. 2020.

[476]On pense bien entendu à l'École de Chicago sur *Law & Economics* où, à partir des années 1950, des économistes se sont spécialisés dans l'analyse du droit et ont développé la revue *Journal of Law and Economics*.

[477]Dont le contenu et le périmètre restent à définir, selon le niveau (national, régional, international), la nature (institutionnel ou *ad hoc*), la prestation (quelle offre pour quelle demande ?) et le prix (un arbitrage qui coûte 100 M€ est incomparable à celui qui coûte 10 000 €).

[478]V. cependant Th. Clay, *Le marché de l'arbitrage*, *in* W. Ben Hamida et Th. Clay (ss dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 13. – M. Henry, *La place de l'avocat dans l'arbitrage*, *op. cit.*, n^{os} 24 et s. ; et de manière plus sociologique (puisque le marché s'approche aussi sous cet angle) : S. Puig, *Social Capital in the Arbitration Market : European Journal of International Law* 2014, vol. 25, p. 387. – M. de Fontmichel, *Les aspects économiques des nouveaux marchés de l'arbitrage*, in *Les nouveaux marchés de l'arbitrage*, préc., p. 21, spéc. p. 22.

toujours des opérateurs économiques internationaux, pour ne pas dire multinationaux voire supranationaux, qui cherchent à régler leurs différends, en sortant d'un système judiciaire étatique, national et ce faisant trop étroit pour eux, et autrement que par la transaction ou la force, en développant une institution qui leur ressemble, quitte à payer un prix élevé pour y parvenir. Symétriquement, les services, complémentaires qu'assurent tout à la fois les arbitres, les cabinets d'avocats et les centres d'arbitrage, mais aussi tous les autres acteurs, experts, tiers financeurs, *etc.*, participeraient indéniablement de la mise en œuvre d'une offre arbitrale, à la recherche d'une demande, et tournée vers la fixation d'un prix d'équilibre, qui n'est autre que le coût final de l'arbitrage, encore extrêmement difficile à appréhender. Certes, les rencontres entre offre et demande arbitrales, et les conditions de la concurrence au sein de ce marché, si son périmètre peut être défini, ne sont toujours pas optimales. Les services, bien que plus standardisés et parfois détachés d'une juridiction ou d'un ordre national, sont souvent *intuitu personae* et donc guère substituables[479]. Si l'accès au marché est théoriquement libre, voire libéral[480], les barrières à l'entrée restent très nombreuses et fortes[481]. Si les acteurs sont effectivement devenus bien plus nombreux que par le passé, il suffit de constater que les arbitres les plus sollicités demeurent peu nombreux, dans chaque pays et *a fortiori* mondialement, voire sont souvent toujours les mêmes, tandis que ce sont toujours les mêmes grandes structures internationales qui dominent les classements des cabinets de conseil. Enfin, même si la transparence dans le monde de l'arbitrage croît, l'information reste souvent parcellaire, de sorte que l'acheteur n'est pas toujours certain de rencontrer l'offre la plus adéquate. Ainsi, même en mettant de côté la difficulté à identifier le bon profil d'arbitre, cette question se pose en réalité également, et paradoxalement, pour les centres : alors que les institutions n'ont jamais autant publié de données qu'aujourd'hui (statistiques, affaires en cours, sentences, noms des arbitres…) et au-delà de la réputation (convergente), des règlements (de plus en plus similaires) et des barèmes (équivalents), le prescripteur de la clause arbitrale peine toujours, pour faire le bon choix, à identifier ce qu'une institution propose comme services distinctifs et comme valeur ajoutée par rapport à une autre[482].

En définitive, s'il manque encore cruellement une étude économique et scientifique d'ampleur permettant d'identifier la structure et les contours d'un marché de l'arbitrage, si tant est qu'il existe, il restera à comparer ce qui peut l'être, et donc les rencontres entre des offres et demandes arbitrales qui se cherchaient pour trouver le prix d'équilibre adéquat, c'est-à-dire au final qui concurrence qui : un arbitre *versus* un

---

[479]De la même façon, si les places d'arbitrage que sont par exemple Paris, Londres ou Singapour sont souvent présentées comme étant en concurrence, elles n'offrent, presque par définition, pas les mêmes services, un système judiciaire comparable, la même langue, *etc.* De sorte qu'un comparatif, et *a fortiori* un agrégat fusionné dans un même « marché » peut paraître délicat à réaliser.

[480]N'importe qui peut créer un centre d'arbitrage (de sorte que certaines « entreprises », dans certains pays, n'ont d'arbitrage que le nom, sans un seul dossier à gérer) ; n'importe qui peut se décréter « arbitre », puisqu'il n'est pas nécessaire d'être juriste pour être nommé (un ingénieur peut l'être aussi) et il n'est pas nécessaire, dans de nombreux pays du moins, d'être inscrit au barreau du siège de l'arbitrage pour être conseil d'une partie dans ce dernier (c'est en tout cas l'approche française), de sorte qu'un avocat américain pourrait parfaitement représenter une partie chinoise dans un arbitrage dont le siège est à Vienne.

[481]V. en ce sens E. Gaillard, *Nouvelles réflexions sur la sociologie de l'arbitrage : Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 7, qui parle d'un marché polarisé, parfois hyper spécialisé (non seulement pour les arbitres, selon le type de dossier, mais aussi selon le type de partie qui le nommerait : État ou investisseur).

[482]Par ex., si l'on sait que l'un des signes distinctifs de l'arbitrage CCI est la revue minutieuse par le Secrétariat et la Cour de la sentence rendue par les arbitres, à quoi correspond exactement ce service, notamment en temps et en coût ?

autre, un centre *versus* un autre, une ville *versus* une autre, et en identifiant les efficiences et les déficiences d'un tel marché. Au final, la question de sa véritable valeur économique demeure. Car, là encore, aucune étude quantitative n'est venue évaluer, de façon globale et systématique, ce que vaut vraiment l'« économie de marché arbitral », c'est-à-dire sa taille et son volume. Que représente-t-il si l'on prend une place donnée et que l'on combine, *inter alia*, les chiffres d'affaires des cabinets d'avocats et des arbitres y pratiquant l'arbitrage, les frais d'arbitrage des centres concernés, les montants encaissés par les hôtels qui accueillent audiences et conférences, et les agences en charge de faire venir les personnes concernées ? Y a-t-il d'autres maillons pertinents dans la chaîne de valeurs ajoutées à prendre en compte ?

Ce travail d'ampleur, qui semble avoir été réalisé, confidentiellement, par la ville-État de Singapour, avant de lancer le *Singapore International Arbitration Center* (SIAC) dans les années 1990 pour estimer ce que rapporterait à l'économie locale la création d'un pôle arbitral régional, a été également fait plus récemment et publiquement par la ville de Toronto[483]. Outre les honoraires d'avocats et d'arbitres au sein des cabinets locaux qui peuvent être générés par les arbitrages ayant choisi cette ville pour siège, et en tenant compte aussi des autres services juridiques ou administratifs accessoires que sont les expertises, les traductions, le secrétariat, *etc.*, une estimation chiffrée a été réalisée du bénéfice qu'ont permis ces arbitrages pour le secteur du droit, l'industrie hôtelière (hôtels, restauration, conférences et séminaires, visites touristiques) et du transport. On peut observer toutefois qu'aucune étude, sérieuse ou publiée, ne semble avoir été conduite pour évaluer, lorsqu'il a été question que la CCI déplace son siège vers Genève en 2010, les retombées économiques des arbitrages conduits à Paris pour l'économie locale et nationale, ne serait-ce que pour mesurer l'enjeu économique derrière l'attractivité arbitrale de la place parisienne. En revanche, on peut penser que la réponse parisienne à ce projet a été radicale : réforme du droit de l'arbitrage en 2011 et, dans une moindre mesure, réforme du droit français des contrats en 2016, fondée sur la recherche « d'attractivité » du droit français.

113. – Tendances : concurrence et régionalisation. Que le monde de l'arbitrage puisse se comparer à une société ou un marché, il reste, et son histoire l'a montré, en constante évolution, traversé par des courants, parfois opposés, qui rendent presque impossible tout cliché instantané. L'observation est vraie concernant les domaines et secteurs qu'il n'a cessé de conquérir, l'arrivée constante de nouveaux acteurs, les montants toujours plus imposants qu'il brasse. Mais d'autres tendances lourdes se dessinent. D'abord, on peut observer un double mouvement de rivalité internationale et de régionalisation déjà en place depuis quelques décennies mais qui semble s'accentuer à l'ère de la « déglobalisation ». Des places fortes émergent dans toutes les régions du monde, avec une concurrence accrue pour attirer non pas simplement des investissements étrangers, aujourd'hui plus réglementés et contraints, mais le règlement des litiges y afférents et relatifs au commerce international ou régional. L'autre tendance, tant quantitative que qualitative, tend vers une forme de division et de rationalisation de l'activité arbitrale, alors que les flux arbitraux ont augmenté (mais pourraient se tarir) : la régionalisation[484]. Elle correspond à un mouvement économique

---

[483] V. G. K. Bell et A. Tepperman, *Arbitration in Toronto : An Economic Study*, 6 sept. 2012 (www.crai.com/publication/arbitration-toronto-economic-study) qui a estimé que les arbitrages tenus dans cette ville auraient généré plus de 250 M$ en 2012, montant estimé à plus de 270 M$ en 2013.

[484] I. Schwenzer et L. Spagnolo, *Globalization versus regionalization, International Commerce and Arbitration*, Book 12, Eleven international publishing, 8 août 2013. – L. Trakman et N. Ranieri, *Regionalism in International*

plus profond, marqué par la recherche d'un juste milieu entre le niveau local, trop étroit, et le niveau mondial, désormais ressenti comme injuste ou incontrôlable, aboutissant à des systèmes juridiques et économiques s'organisant selon un cadre régional, *via* une certaine continuité territoriale et le partage d'institutions communes, avec notamment une place arbitrale dédiée. Transcrite dans l'ordre arbitral, on constate l'émergence de blocs plus ou moins cohérents et organisés autour de villes ou institutions-phares[485]. Il faut toutefois reconnaître que cette polarisation régionale est encore perturbée par des modèles juridiques qui font fi de cette géographie, par exemple selon que tel ou tel pays suit une tradition de droit civil[486] (et notamment le droit français de l'arbitrage) ou de *common law*[487], selon qu'un pays a adopté une législation suivant la loi-modèle CNUDCI ou non. Le point commun de ces tendances progressives, de concurrence et de régionalisation, est l'affirmation par les États eux-mêmes, *via* leurs institutions, d'une politique législative et jurisprudentielle résolument favorable à l'arbitrage[488] : cette politique se traduit notamment par, d'abord, des réformes régulières pour moderniser toujours plus libéralement leur droit de l'arbitrage notamment en s'alignant avec la loi-type, ou permettre l'établissement de structures ou d'avocats étrangers, mais aussi, ensuite, une jurisprudence qui favorise la validité et l'efficacité de la clause d'arbitrage, notamment à l'égard de personnes non signataires, ainsi que la circulation effective des sentences (en restreignant leur annulation ou en favorisant leur reconnaissance ou leur exécution) et, enfin, la présence de juges d'appui qui assistent l'arbitrage, dès son commencement en cas de difficulté de constitution du tribunal, ou en cours de procédure, pour l'obtention forcée de preuves ou en évitant des suspensions intempestives d'obtention de preuves[489]. Tous ces critères sont devenus des signes

---

Investment Law, Oxford University Press, 2013.

[485]Si l'on met de côté la CCI, institution qui se veut internationale et détachée de son siège parisien, mais qui a bien cédé aux sirènes du régionalisme en ouvrant en l'espace de dix ans des bureaux sur presque tous les continents, ces derniers disposent presque tous de centres à vocation régionale : l'Europe, avec ses centres aussi bien nationaux qu'à vocation régionale (V. *supra*, n° 70), l'Afrique offre un paysage arbitral trop fragmenté pour en rendre compte de manière fidèle, même si le modèle OHADA, qui prévaut en Afrique de l'Ouest et qui est pertinent même pour l'arbitrage institutionnel, a désormais fait ses preuves (puisque, signe de son succès, un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ainsi qu'un Acte sur la médiation et un nouveau règlement de la CCJA, datés du 15 décembre 2017, sont entrés en vigueur le 15 mars 2018). Une exception notable concerne le continent américain : si au Nord, les États-Unis sont dominés par deux centres nationaux (AAA et JAMS) et le Canada par l'arbitrage surtout *ad hoc* (bien que le CCAC et l'ADRIC y jouent un rôle avec ICC-Canada), le continent sud, longtemps sous l'impulsion du succès de l'arbitrage au Brésil (et notamment du CAM-CCBC), ne semble pas avoir vu de ville ou d'institutions émerger de façon régionale, à tel point que beaucoup de litiges entre parties sud-américaines semblent choisir Miami, aux États-Unis, comme siège arbitral.

[486]N. Cayrol, *Le droit civil aujourd'hui : RTD civ.* 2020, p. 502.

[487]L'influence du droit français de l'arbitrage est encore prégnante dans de nombreux pays arabes et africains, mais pas partout dans ces derniers (*cf.* l'influence anglaise en Jordanie ou au Kenya), tandis que, en Asie-Pacifique, la tradition juridique anglaise dominante, bien entendu en Australie ou Nouvelle-Zélande, mais aussi en Inde (qui peine à voir l'arbitrage institutionnel s'y ancrer), et à Singapour ou à Hong Kong, ne se retrouve pas en République populaire de Chine (continentale), au Japon, au Viet Nam ou en Indonésie, premier pays musulman du monde.

[488]G. Bermann, *What does it mean to be pro-arbitration : Arb. Int.* sept. 2018, vol. 34, Issue 3, p. 341 et s. ; ce critère jurisprudentiel est tout aussi qualitatif (certaines annulations apparaissant opportunistes, peu fondées et faisant couler beaucoup d'encre) que quantitative (certains pays recensant le faible pourcentage d'annulation ou de refus d'exequatur pour afficher leur politique jurisprudentielle « pro-arbitrage »). V. sur ce dernier point, les statistiques établies sur la décennie 2010/2020 s'agissant des tribunaux français, qui, malgré une augmentation récente des annulations, continuent à valider les sentences : *infra*, n° 1503 *in fine* et s. (Encart 48).

[489]J. El Ahdab et A. Bouchenaki, *Discovery in International Arbitration : A Foreign Creature for Civil Lawyers ?*, *in* A. Jan Van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, ICCA & Kluwer Law International, 2011, p. 65.

distinctifs d'un siège qui se veut plus accueillant à l'égard de l'arbitrage et donc plus compétitif qu'un autre dans une région donnée.

114. – Autres tendances : démocratisation et dématérialisation. Deux dernières tendances méritent d'être mentionnées concernant l'accès plus large, ou plus « démocratique », de l'arbitrage à des utilisateurs qui ne l'utilisaient pas autrefois, parallèlement à une facilité d'accès que permet la digitalisation de nos sociétés modernes et connectées. S'agissant du premier mouvement, plutôt que de démocratisation, qui consiste à mettre une institution à la portée du plus grand nombre, il serait sans doute plus juste de parler de « banalisation »[490]. Certes, du fait de son caractère payant que l'on contraste toujours à la justice étatique, perçue, à tort ou à raison, comme gratuite, bien qu'aussi inefficiente, l'arbitrage ne recueille pas toujours les faveurs de l'opinion publique. Il est vrai aussi que, malgré une ouverture indéniable sur les dernières décennies à la fois vers la société civile et vers une population arbitrale plus large et diversifiée, l'offre arbitrale ne reflète pas encore toujours bien toutes les nuances et couches de la société : de ce point de vue, le processus de banalisation a encore du chemin à faire[491]. Il reste que, au-delà des raisons théoriques – illustrées par l'accroissement du domaine de l'arbitrabilité et de validité de la clause compromissoire permis par la loi, notamment en France –, une idée plus pratique semble se répandre, doucement mais sûrement : dans une société de plus en plus complexe et spécialisée, il fait sens de désigner, si possible consensuellement, un juge privé et rémunéré, expert et neutre, pour trancher un type spécifique de litiges. Pour preuve, la multiplication en France de centres arbitraux spécialisés, en droit du travail, en droit de la famille par exemple (le tribunal arbitral en matière familiale ou le CAMI pour les litiges immobiliers)[492]. Il est vrai toutefois qu'il reste encore à pérenniser et sécuriser, en France comme sur le plan international, le financement et l'accès à un arbitrage peu cher, sûr et qui permet de traiter une somme importante de litiges courants et standards pour en amortir le coût.

La meilleure façon d'y parvenir serait sa dématérialisation, alors que depuis des décennies est annoncée l'émergence de nouveaux outils numériques, à la fois pour automatiser la rédaction de contrats assez standards, mais aussi pour trancher certains litiges. Malgré l'entrée massive et récente des *LegalTech*[493] dans le marché du droit, cette justice numérique, notamment judiciaire – comme la généralisation du Réseau privé virtuel des avocats (RPVA) depuis 2007 et de la communication par voie électronique (CPVE), dont quelques effets se manifestent déjà[494] – a tardé à devenir réalité, comme l'a montré l'absence criante de réponse « virtuelle » et adéquate par les tribunaux à la crise sanitaire[495]. Ce qui n'a fait que renforcer l'intérêt porté à l'arbitrage en ligne[496], lequel existait déjà depuis les années 1990 *via* une plus grande accessibilité

---

[490] P. Tercier, *« Banalisation » de l'arbitrage ?*, in *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*, ss dir. L. Levy et Y. Derains, Pedone, 2011, p. 579.

[491] V. *infra*, n° 120.

[492] Par ex. le Tribunal arbitral des affaires familiales (www.arbitrage-familial.fr) ; CAMI – Chambre d'arbitrage et de médiation des litiges de l'immobilier.

[493] V. B. Cassar, *La transformation numérique du monde du droit : Dalloz actualité*, 2 févr. 2021.

[494] *Cf.* Cass. 1re civ., 26 sept. 2019, n° 18-14.708 : *JCP* E 2019, 1554, note Ph. Casson, à propos de l'irrecevabilité d'un recours en annulation non effectuée par voie électronique, V. *infra*, n° 1505.

[495] J.-B. Jacquin, *La crise sanitaire met en lumière la faiblesse de l'institution judiciaire : Le Monde* 7 juin 2020.

[496] M.-C. Dalle, *L'arbitrage, une justice alternative pour une nouvelle offre de justice*, in *Les nouveaux marchés de l'arbitrage : vers une privatisation de la Justice ?*, Colloque du 20 décembre 2019 : *JCP* G 17 févr. 2010, suppl. au n° 7-8, p. 1240.

des services en ligne des grands centres d'arbitrage – notamment pour initier une procédure arbitrale en permettant l'introduction de requêtes en format numérique[497] –, mais aussi par le biais de la multiplication de plateformes d'arbitrage en ligne, qui offrent aujourd'hui une nouvelle forme de « justice numérique ».

Pionnière dans ce domaine, l'Université de Montréal, *via* « le laboratoire Cyberjustice »[498], a développé des services d'arbitrage en ligne dès les années 1990, tandis que la création de nombreuses *startups* dédiées a décollé en France seulement depuis la moitié des années 2010, sans toujours rencontrer un franc succès[499]. Les autorités françaises n'ont en tout cas pas attendu la crise sanitaire pour réglementer les plateformes d'arbitrage en ligne : notamment à l'occasion de la réforme de la procédure civile en 2019 pour instaurer un cadre général, une procédure de certification et assurer aux justiciables une certaine protection, notamment en matière de données personnelles, de respect de la confidentialité, ainsi que d'assurer le respect des missions en toute impartialité, indépendance, compétence et diligence[500] (V. *infra*, n° 1253).

Le double intérêt d'une justice totalement dématérialisée est d'en assurer la pérennité, sans être tributaire de réunions physiques dans un lieu déterminé, et d'en limiter le coût, notamment en permettant à des parties éloignées géographiquement d'économiser du temps et des frais de déplacement. Le développement probable de cette nouvelle forme d'arbitrage pose cependant des questions inédites aussi juridiques que sociologiques, notamment sur l'avenir de la justice en général et de l'arbitrage en particulier. C'est le cas du respect des garanties procédurales fondamentales, dont la mise en œuvre pose des sujets aussi bien techniques que pratiques, notamment en termes de qualité de connexion, d'attention des participants, ou de vérification de leur identité. C'est également le cas de la question de la crédibilité des plateformes au regard des exigences de protection des données personnelles, de respect de la confidentialité. C'est encore celui du choix de l'arbitre, généralement choisi dans une logique de compromis entre une exigence, pour les parties, de fort niveau de confiance et d'*intuitu personae* mais encore d'exigence d'indépendance et d'impartialité dans l'arbitrage « classique »[501]. À tout dématérialiser, l'arbitrage *on-line* déjà promu par certaines

---

[497]La CCI avait développé, de 2002 à 2004, *Netcase*, sa propre plateforme d'arbitrage en ligne pour la résolution de petits litiges, qui était équivalente au RPVA des avocats (V. M. Philippe, *NetCase : une nouvelle ressource pour l'arbitrage CCI*, in *Spécial Supplément 2004*, « La technologie au service du règlement des différends commerciaux », p. 55). Après cette suppression (faite dans l'attente de la construction d'une plateforme plus moderne), elle est restée, jusqu'à récemment et la crise de la Covid-19, assez réticente à l'arbitrage en ligne, V. Rapport *L'arbitrage en ligne*, Le Club des juristes, commission *ad hoc*, avr. 2019 ; V. égal. CCI, *Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du Covid-19*, 9 avr. 2020.

[498]Ce laboratoire, créé en 2010, a été le premier (selon le Rapport *L'arbitrage en ligne*, Club des juristes, préc.,) à s'essayer à la résolution des litiges par arbitrage en ligne.

[499]C'est le cas notamment de *FastArbitre* (V. en ce sens le site Internet de la plateforme : https://fast-arbitre.com/fr), plateforme créée par l'Institut digital d'arbitrage et de médiation, qui permet, pour les litiges entre commerciaux et professionnels, un arbitrage intégralement en ligne avec une procédure en trois phases (médiation, arbitrage et sentence). Une autre plateforme eJust (devenue MaDécision.com) avait été créée en 2016 pour la résolution des litiges entre professionnels et consommateurs, traitant de tout type de différents.

[500]La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, énonce que : « Art. 4-1. – Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne de conciliation ou de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, administrative et pénale, sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité. Le service en ligne délivre une information détaillée sur les modalités selon lesquelles la résolution amiable est réalisée (…) ». V. *supra*, n° 45.

[501]M. de Fontmichel, *Les aspects économiques des nouveaux marchés de l'arbitrage*, Colloque 20 déc. 2019 : *JCP* G

plateformes électroniques à défaut d'être valable[502] pourrait finir par accepter un arbitre dématérialisé, c'est-à-dire une sentence rendue par une intelligence artificielle, voire par un « panel » d'arbitres volontaires en quête de bon *rating* et avantages divers. Il est évident qu'un compromis s'impose entre justice plus efficace et justice humaine.

Face à ce phénomène arbitral, dont l'importance et la dynamique sont désormais mieux mesurables, dans les précisions chiffrées et les nuances qualitatives, grâce à une meilleure connaissance de la communauté de ses acteurs, prise sociologiquement comme économiquement, il ne peut être fait abstraction des critiques, parfois très virulentes, parfois fondées, dont l'arbitrage fait l'objet. Ce qui pose la question de la persistance de sa légitimité au XXI^e^ siècle.

---

17 févr. 2010, suppl. au n° 7-8, p. 21, spéc. p. 24.

[502] *Cf.* A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018, spéc. n^os^ 204 et s.

Chapitre 3

Crise de légitimité et légitimité de crise

Section 1

Diversité des critiques de l'arbitrage

115. – Critiques de l'arbitrage : réalité et perceptions. S'il est indéniable que certains utilisateurs de l'arbitrage, entreprises ou particuliers, déçus du processus ou du résultat, ont décidé de s'en détourner en adoptant par exemple une politique interne de rédaction de contrats sans clauses d'arbitrage, il est difficile de mesurer l'ampleur du phénomène. La fascination pour l'arbitrage décrite plus haut est tout autant une force d'attraction qu'une passion destructrice, avec son lot de critiques les plus virulentes, les plus irrationnelles, pour ne pas dire haineuses.

116. – Des utilisateurs déçus. On ne reviendra pas ici sur les critiques traditionnelles, déjà restituées, développées et nuancées, s'agissant d'expliquer les avantages et inconvénients inhérents à l'arbitrage. Le cas attirant le plus d'insatisfaction reste celui des coûts de l'arbitrage[503]. Il suffit simplement ici de restituer la formule provocatrice du titre d'un article vulgarisateur, les « promesses non tenues de l'arbitrage international »[504], pour saisir l'ampleur de la déception ou de la frustration ressentie par certains utilisateurs : personnifiée, l'institution arbitrale aurait beaucoup promis, mais peu tenu, ce qui, moralement comme juridiquement, la placerait dans une position délicate. Trop cher, trop lent et trop peu efficace : clairement, payer, contre, dit-on, l'alternative de ne pas payer, puisque la justice étatique serait gratuite, pour un résultat final qui ne serait pas à la hauteur des attentes et des avantages prétendus de l'arbitrage, que certains estiment « survendus », ne peut qu'alimenter cette frustration. Certes, les arguments permettant de démontrer pourquoi et comment cette frustration devait être nuancée ont déjà été avancés. La communauté arbitrale – en ce compris les auteurs du présent ouvrage – est toutefois mal placée pour l'évaluer de manière objective et précise, mais surtout, il est difficile d'estimer si les études et sondages réalisés jusqu'ici par des praticiens de l'arbitrage se sont vraiment penchés sur des échantillons suffisamment variés, pertinents et représentatifs d'utilisateurs. Aucune, en fait, ne permet vraiment de mesurer ni l'ampleur, ni la profondeur, ni les causes réelles

---

[503] V. *supra*, n° 76.

[504] V. M. O'Keane, *The Broken Promises of International Arbitration*, 22 juin 2015 (www.linkedin.com/pulse/broken-promises-international-arbitration-michael-okane) ; V. aussi, mais sous l'angle du manque de rapidité de l'arbitrage : C. Partasides et B. Prewettn, *Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration*, ICC Dossier, Institute of World Business Law, 2017, Chap. 5.

du phénomène de déception, qui serait même pour les plus critiques, déceptif. Il semble en tout cas objectivement exister une certaine adéquation entre la demande et l'offre arbitrales, et sans doute un manque de transparence et de variété dans l'offre, au niveau des frais, de la rapidité et de la finalité, ce qui ne signifie pas que la seconde ne tente pas de s'adapter pour mieux répondre à la première et que la demande n'est pas aussi, au moins pour partie, responsable de cette asymétrie.

117. – Une perception externe négative. À tout le moins, on peut constater que, en mettant de côté les motifs techniques, plus ou moins fondés et internes à la profession et aux utilisateurs, la perception extérieure de l'arbitrage, qui n'a pas bonne presse[505], s'est sensiblement dégradée, notamment en raison de scandales qui se sont répétés dans de nombreux pays, le tout dans un climat de suspicion généralisée entretenu par le caractère confidentiel des procédures arbitrales, à contraster avec les procès publics devant le juge judiciaire ou administratif, certains de ces arbitrages impliquant aussi les États. C'est le cas de l'« affaire » Crédit Lyonnais-Tapie, au sujet de laquelle tout et son contraire aura été dit et écrit, sans que l'on puisse déterminer la réalité de l'affaire. Si elle a eu le mérite d'alimenter le débat de droit de l'arbitrage durant la décennie 2010[506], il est indéniable qu'elle aura aussi écorné l'image de l'arbitrage auprès du grand public, sans détourner l'attention des critiques existants autour de l'arbitrage d'investissement.

118. – Critiques virulentes de l'arbitrage d'investissement. Les arbitrages d'investissement (V. *infra*, n° 157) ont connu un succès qui n'est pas exempt de critiques. Ces dernières années, l'arbitrage d'investissement a fait l'objet de vives critiques quant à son manque de légitimité[507], notamment en raison de la reddition de décisions inconstantes sur des sujets touchant à des politiques publiques[508] (par ex. de santé publique)[509], examinés par des arbitres non élus ou non étatiques et dont

---

[505]V. *The arbitration game : The Economist* 11 oct. 2014 (www.economist.com/finance-and-economics/2014/10/11/the-arbitration-game) ; V. aussi un article très approfondi sur le recours à l'arbitrage aux États-Unis : *Beware of the Fine Print, Part I – Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice : New York Times* 21 oct. 2015 ; *Beware of the Fine Print, Part II – In Arbitration, a « Privatization of the Justice Sytem » : New York Times* 1er nov. 2015. V. M. Vaudano, *L'arbitrage international, une justice sur la sellette : Le Monde* 24 août 2018. – V. O. Holmey, *Droit des affaires : l'arbitrage international dans le box des accusés : Jeune Afrique* 28 janv. 2020.

[506]Pour une synthèse détaillée de tous les aspects juridiques de cette affaire, V. *infra*, n° 175.

[507]V. not. Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, *Profiting from Injustice*, 2012 et *Profiting from Crisis*, 2014.

[508]S. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions : Fordham L. Rev.* 2005, vol. 73, n° 4, p. 1521 et s.

[509]V. par ex. l'affaire *Philip Morris* c/ *Australie*, au cours de laquelle le cigarettier avait introduit une action contre l'Australie en raison de la promulgation d'une loi prescrivant des paquets de cigarettes neutres (le tribunal arbitral s'est toutefois déclaré incompétent, CPA n° 2012-12, *Sentence sur la compétence et la recevabilité*, 17 déc. 2015). On s'est déjà demandé dans quelle mesure la crise actuelle de la Covid-19 ne pourrait pas, de manière similaire, aboutir à des procédures arbitrales. En effet, depuis l'épidémie du COVID-19, les entreprises pharmaceutiques se sont engagées dans des courses aux vaccins. Une hausse des litiges entre les laboratoires pharmaceutiques et les États devant des tribunaux arbitraux d'investissement sur les fondements du traitement juste et équitable et l'expropriation est envisageable, du fait des règlementations des prix, des licences obligatoires et des dérogations aux protections de la propriété intellectuelle prévues par les États. L'arbitrage FRAND (Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory) pourrait être un moyen de résoudre ces types de différends.
V. D. Khachvani, *Can Pharmaceutical Companies Counter the Waiver of their Patents for COVID-19 Vaccines through Investment Treaty Arbitration? : Kluwer Arbitration Blog* 26 mai 2021 (http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/26/can-pharmaceutical-companies-counter-the-waiver-of-their-patents-for-covid-19-vaccines-through-investment-treaty-arbitration/).
V. F. Paddeu et K. Parlett, *Covid-19 and Investment Treaty Claims : Kluwer Arbitration Blog* 30 mars 2020

l'impartialité a parfois été remise en cause. Ces critiques n'ont fait que s'accroître avec la combinaison de plusieurs facteurs, notamment la prise de conscience, biaisée ou non, que les traités internationaux ne permettaient plus simplement aux ressortissants investisseurs de se protéger et d'agir contre des États perçus comme juridiquement peu sûrs ou peu scrupuleux du respect de la règle de droit, mais qu'ils mettaient aussi les États industriels (Allemagne, Espagne, Italie, Norvège, France) en position de risque, celui d'être poursuivis eux-mêmes par des investisseurs étrangers, parfois pour des montants considérables dans des domaines aujourd'hui présentés comme régaliens, comme celui des politiques énergétiques ou de santé publique.

Lorsque la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'État est présentée comme liée aux conséquences économiques de politiques de santé publique, censées être souveraines, comme la prévention du tabagisme, la protection d'une industrie, culturelle, ou encore des mesures drastiques comme le confinement d'une population pour contenir la propagation d'un virus[510], la critique contre l'arbitrage international s'exacerbe, avec des considérations idéologiques parfois extrêmes adoptées par certaines organisations non gouvernementales, qui lui font perdre la bataille de l'opinion publique[511]. La critique rebondit vers l'idée que l'État ignore *a priori* l'identité du bénéficiaire éventuel de l'offre d'arbitrage dont il est l'auteur dans un traité bilatéral d'investissement (TBI), y compris dans des situations dans lesquelles l'État héberge des entreprises qui n'ont qu'un lien très formel avec lui[512]. De ce point de vue, et alors que paradoxalement les spécialistes du contentieux arbitral savent qu'un procès d'importance est aussi affaire d'image et de perception, plutôt que de réalité factuelle, *a fortiori* à l'heure des *fake news*[513], la « victime arbitrale » de la campagne médiatique contre les firmes multinationales est devenue un bourreau ou un complice de ces derniers[514]. Les conséquences ont été radicales, de la dénonciation de la convention de Washington, par certains États, tels que la Bolivie, l'Équateur ou le Venezuela[515] notamment, vers l'accueil retentissant de ces critiques au sein de l'Union européenne[516], par exemple dans l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018[517]. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que les TBI intra-Union européenne étaient

---

(http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims, consulté le 7 mai 2020). Un moratoire des arbitrages d'investissement pendant cette période de crise sanitaire exceptionnelle a été souhaité, V. Columbia Center on Sustainable Investment, *Call for ISDS Moratorium During Covid-19 Crisis and Response*, 6 mai 2020 (http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19, consulté le 18 août 2020). V. aussi : L. Clover Alcolea, *The Covid-19 Crisis : Core Investment Law Issues Revisited : TDM* 2020, vol. 18, n° 2.

[510]V. *infra*, n° 157.

[511]V. *Defending investment arbitration « a lost battle », says Pinsolle : GAR* 11 oct. 2016.

[512]V. W. Ben Hamida, *L'État partie faible ?*, in *L'arbitrage et partie faible : JDI* 2017, p. 1.

[513]V. J. H. Nedden et A. de Jong, *Arbitration in a Post-Truth World : Perception* v. *Reality*, IBA Dispute Resolution International, oct. 2018, vol. 12, n° 2, p. 165. – D. Kalderimis, *International arbitration in a brave new world : Arb. Int.* 2018, vol. 34, p. 533.

[514]L'exemple a été frappant avec la crise du coronavirus, où des multinationales se sont mises à penser assigner les États en raison des pertes liées à la Covid-19 ; V. à ce sujet : M. Théopot, *Les multinationales envisagent de poursuivre les États pour leurs pertes liées au Covid-19 : Marianne* 21 août 2018.

[515]*Cf.* J. Cazala, *La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI : AFDI* 2012, p. 551. – CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention au 12 avril 2019.

[516]Plus loin de nous, la Corée du Sud semble envisager de ne plus inclure de mécanismes de protection des investissements dans ses traités, V. *South Korean Prime Minister considers abolishing ISDS : AFTINET* 16 juill. 2019 (http://aftinet.org.au/cms/node/1757, consulté le 22 févr. 2021).

[517]CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea : Rev. arb.* 2018, p. 424, note S. Lemaire ; *D.* 2018, p. 2005, note V. Korom, p. 1934, obs. S. Bollée, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 616, note E. Gaillard ; *RTDE* 2018, p. 597, étude J. Cazala, p. 649, obs. A. Hervé ; *ibid.* 2019, p. 464, obs. L. Coutron ; *adde* S. Lemaire, *Arbitrage d'investissement et Union européenne : Rev. arb.* 2016, p. 1029.

contraires au principe d'autonomie du droit de l'Union européenne, en ce qu'ils ne donnent pas compétence aux juridictions européennes pour trancher ou interpréter le droit de l'Union européenne[518]. L'Union européenne tâche en parallèle de créer une cour permanente d'arbitrage chargée de trancher les litiges relatifs au droit de l'investissement entre les États membres de l'Union européenne et les tiers[519], ce qui s'accompagne de la volonté d'interdire les traités de protection des investissements intra-Union européenne[520], ainsi que de mettre fin aux traités existants, matérialisé par la signature le 5 mai 2020 d'un accord plurilatéral entré en vigueur le 29 août 2020[521], et de limiter le champ des clauses d'arbitrage contenues dans les nouveaux traités signés avec des États tiers[522]. L'Union européenne est également en cours de renégociation des instruments d'investissement, en dernier lieu le Traité sur la charte de l'énergie[523], alors même que l'organisation a été désignée pour la première fois comme défendeur dans un arbitrage sur le fondement de ce traité[524].

En outre, la menace d'actions d'investisseurs, qui peuvent parfois être financées par des tiers[525], a pu être perçue comme interdisant *de facto* aux États de mener des politiques publiques internes, sociales, fiscales, sanitaires, *etc.*[526], notamment dans les pays en développement[527] même si les traités de protection des investissements restent vus comme un facteur de développement. Ainsi, en 2018, sur soixante et onze arbitrages introduits, la majorité l'ont été contre des États en développement par des investisseurs provenant des pays développés[528]. À l'inverse, l'influence positive des traités d'investissement conclus par un pays sur sa capacité à attirer des investissements directs

---

[518]CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Slovaquie* c/ *Achmea BV*, préc. Il semble toutefois que cette jurisprudence doive être circonscrite aux affaires impliquant le droit européen ; V. à cet effet une décision récente des juridictions suédoises, Cour d'appel de Svea, 22 févr. 2019, *PL Holdings* c/ *Pologne*. Les tribunaux arbitraux semblent également ne pas considérer que cette jurisprudence s'applique aux arbitres introduits sous le TCE (V. Arb. CIRDI n° ARB/12/12, *Vattenfall AB et al.* c/ *Allemagne* ; Arb. CIRDI n° ARB/15/45, *LBBW et al.* c/ *Espagne*).

[519]V. le mécanisme mis en place par l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne du 30 octobre 2016, dont la Cour de justice de l'Union européenne a accepté le principe (CJUE, avis n° 1/17, 30 avr. 2019).

[520]Commission européenne, Communiqué de presse, 19 juill. 2018.

[521]Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres de l'UE, 29 mai 2020. Pour un détail de l'évolution de la position des instances européennes depuis l'arrêt *Achmea*, V. Ch. Collin, *Épilogue de l'affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE : Dalloz actualité*, 21 juill. 2020.

[522]Ainsi, les traités récents prévoient un recours à des mécanismes de règlement des différends pour l'interprétation ou l'application du traité sans référence particulière à des standards de protection des investissements, V. Accord de partenariat économique entre l'UE et le Japon, 17 juill. 2018, Chap. 21 ; Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada, 30 oct. 2016, Chap. 29.

[523]Conseil de l'Union européenne, *Directive de négociation pour la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie*, 2 juill. 2019.

[524]V. D. Keating, *Nord Stream 2 Sues EU Using ISDS : Forbes* 26 sept. 2019.

[525]Pour une illustration récente, V. *Appeal court lifts bar to funding ICSID claim : GAR* 23 mai 2019 (https://globalarbitrationreview.com/article/1193356/appeal-court-lifts-bar-to-funding-of-icsid-claim, consulté le 22 févr. 2021).

[526]On parle ainsi de *regulatory chill*, V. Z. Phillips Williams, *How Does Investment Arbitration Affect « Third Parties » : Investment Claims* 14 nov. 2018 (https://oxia.ouplaw.com/page/733#5).

[527]Cet argument a notamment été souligné suite aux nombreux arbitrages introduits contre l'Argentine à la suite de la crise économique du début des années 2000, marquant profondément la jurisprudence arbitrale en la matière.

[528]CNUDCI, *Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018*, IIA Issues Note, mai 2019, n° 2. L'exemple le plus frappant est celui de l'Égypte, contre lequel vingt-deux arbitrages ont été introduits auprès du CIRDI depuis le début de la révolution égyptienne.

étrangers reste débattue[529]. En conséquence, certains gouvernements remettent en cause ce système[530].

Les critiques émises à l'encontre de ce mode de règlement des litiges[531] et les évolutions des institutions et États aboutissent depuis quelques années à une nouvelle génération d'accords, plus équilibrés et précis[532]. En pratique, les critiques reposent également sur un certain nombre d'effets produits à la généralisation des arbitrages de type « CIRDI », en raison, d'une part, du « gel » de la législation souvent imposée dans les accords d'investissement et par l'accueil très favorable par les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI à la clause renvoyant à son règlement insérée dans les TBI, multipliant les occasions de saisir le CIRDI[533], et emportant des réactions mitigées à l'occasion de l'adoption du CETA (ou AECG [Accord commercial et économique global]) conclu en 2016 entre l'Union européenne et le Canada. À compter de 1990 en effet, les tribunaux arbitraux ont accepté de fonder leur compétence non pas sur une convention d'arbitrage inscrite dans un contrat mais, par un consentement dit « dissocié », dans les dispositions du traité lui-même[534]. Tiers au traité, l'investisseur qui entend agir contre l'État soumet celui-ci à une procédure d'arbitrage, car il a adhéré à « l'offre d'arbitrage » que le traité institue. Les difficultés sont alors multiples. Processuellement en effet, un conflit risque de naître de ce que le contrat conclu par l'investisseur contiendrait une clause attribuant compétence à un juge étatique (interne ou externe à l'État) ou une clause compromissoire « ordinaire » renvoyant à un règlement d'arbitrage commercial. Il faudrait alors, pour le tribunal arbitral, distinguer les demandes fondées sur le contrat (*contract claims*) et sur le traité (*Treaty claims*)[535], ce qui paraît assez difficile en raison du caractère commun de ce type de prétentions, une violation du contrat constituant une violation du traité et réciproquement[536]. Par ailleurs, le contentieux de l'investissement a changé, passant, historiquement, de questions classiques comme des nationalisations, expropriations, *etc.*, à des mesures équivalentes à des expropriations[537], comme un changement dans les règles fiscales, environnementales, *etc.*, qui modifierait alors les conditions financières de l'investissement dans des conditions assimilables à une expropriation[538] au risque,

---

[529]S. P. Armstrong et L. Nottage, *The Impact of Investment Treats and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment : A Baseline Econometric Analysis : Sidney Law School Research Paper* août 2016, n° 16/74 ; V. aussi S. Patil Woolhouse, *Do BITs really promote foreign direct investment ? : GAR* 1er oct. 2019.

[530]Ainsi, en 2019, trente-quatre traités ont été résiliés ; V. CNUDCI, *The Changing IIA Landscape : New Treaties and Recent Policy Developments*, IIA Issues Note, juill. 2020, n° 1.

[531]V. pour une synthèse de ces critiques et le retour de bâton, F. Ferrari et B. King, *International Investment Arbitration in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2020, p. 559 et s.

[532]V. *infra*, n° 157.

[533]V. A. Senegacnik, *Juger ailleurs, juger autrement, repenser la protection des investissements étrangers à l'occasion du projet de partenariat transatlantique du commerce et d'investissement : Cah. Justice* 2015, p. 615.

[534]Sent. CIRDI, 27 juin 1990, *AAPL* c/ *Sri Lanka : JDI* 1992, p. 216, obs. E. Gaillard.

[535]*Cf.* S. Lemaire, *Treaty claims and Contract claims et la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État : Rev. arb.* 2006, p. 353. – I. Fadlallah, *La distinction treaty claims-contracts claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?, in* Ch. Leben (ss dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, 2006, p. 205.

[536]D'où une série d'aménagements « contractuels » dans les traités, la *umbrella clause* ou « clause de respect des engagements » imposant à chaque État de respecter les engagements pris par l'autre (*cf.* W. Ben Hamida, *La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement*, in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, *op. cit.*, p. 53), la clause *fork in the road* ou « clause de choix définitif » qui, lorsqu'une option existe, l'option exercée est considérée comme définitive.

[537]*Cf.* Y. Nouvel, *Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux : RGDI publ.* 2012, p. 79.

[538]*Cf.* A. Prujiner, *L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metaclad : International Law Forum du droit international* 2003,

alors, de bloquer toute initiative politique d'un État dès lors qu'elle aurait un effet quelconque sur l'investissement. Il existe donc, un risque d'instrumentalisation de l'arbitrage, ou plus exactement de la mauvaise image que celui-ci représenterait comme outil au service des investisseurs contre toute velléité politique, même éloignée des conditions de l'investissement (une politique de santé contrariée par un investissement en matière alimentaire ou automobile par exemple), emportant l'insertion de « clauses de réglementation » dans les traités modernes, par exemple le CETA[539] pour réserver le traitement des contentieux aux atteintes directes et illégitimes aux investissements. En clair, le fait pour un État de réglementer la vitesse automobile ou l'usage du tabac ne permettrait pas de soulever un litige à l'endroit d'un investisseur concerné. Mieux, des clauses que l'on pourrait considérer comme de « contrepartie » émergent pour exiger de l'investisseur qu'il respecte un certain nombre de règles, dont les droits de l'homme, pour bénéficier de la protection des investissements[540]. Même si toutes ces raisons semblent propres à la physionomie des arbitrages d'investissement, le risque n'est pas négligeable que la critique bascule, aussi facilement qu'exagérément, du côté de l'arbitrage commercial.

119. – Les critiques par ricochet de l'arbitrage commercial. Certaines affaires impliquant des centres d'arbitrage ont également et régulièrement alimenté des critiques de l'institution arbitrale[541], sans qu'elles n'impliquent cette fois-ci des États mais des entités privées, nuisent tout autant à la crédibilité, et donc à la légitimité du système arbitral, qui, comme tout système qui fonctionne sur la confiance des acteurs et des utilisateurs, est attaqué dans son principe même, sans nuance, alors qu'il conviendrait d'en isoler et soustraire de manière chirurgicale les abus et les responsables supposés. Ici encore, la légitimité arbitrale semble parfois se perdre car la bataille n'est peut-être pas menée avec les bons arguments, sur les bons terrains et *via* les bonnes personnes. À force aussi de conquérir de toujours plus vastes domaines, à toucher, parfois trop souvent, des parties faibles, l'arbitrage a perdu en compréhension ce qu'il a gagné en extension et banalisation[542].

120. – Les critiques liées à la diversité et à l'absence de représentativité. À côté des critiques techniques et propres à son fonctionnement interne, après celles venues du monde extérieur et de l'opinion publique, voilà qu'émerge, depuis peu, une autre forme de critique qui touche à l'interface entre la sphère arbitrale et la société civile et à la capacité de la communauté arbitrale à refléter fidèlement et légitimement la société

---

p. 205.

[539] *Cf.* C. Titi, *Le droit de réglementer et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement : JDI* 2015, doctr. 3.

[540] Ph. Kahn, *Investissements internationaux et droits de l'homme*, *in* F. Horchani (ss dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2006, p. 95. – F. Horchani, *Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux*, *in* L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainien, *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 139.

[541] V. M. P. Gallagher, *AAA's impartiality challenged by lawyer seeking Altenate Forum : New Jersey Law Journal* 22 oct. 2002, qui évoque le cas d'une action intentée par un avocat – dont les clients étaient en litige arbitral (avec clause AAA) contre une compagnie (aff. C-309-02, *Casey* v. *Snap-On Tools Co.*) – contre la célèbre institution d'arbitrage américaine parce qu'elle recevrait des paiements réguliers et importants de la part de cette même compagnie et qu'elle recourait systématiquement à l'AAA pour ses litiges ; l'impartialité de l'AAA a également suscité de vives polémiques sur la côte ouest américaine, puisqu'elle a fait l'objet d'un boycott de la part d'avocats spécialisés dans le droit de la consommation ; V. A. Oreskovic, *S.F. Trial Lawyers Boycott Arbitration Association : The Recorder* 30 oct.2002 ; V. aussi plus récemment une affaire *Chevron* impliquant un centre arbitral égyptien : *Waleed Bin Khaled Abu Al Waleed Al-Quagani et al.* v. *Chevron Corporation et al.*, IAC, 3 juin 2015. – A. Ross, *Chevron attacks « sham » Cairo award : GAR* 7 août 2018.

[542] V. en ce sens : B. Oppetit, *Aspects philosophiques de l'arbitrage international : JDI* 1993, p. 811.

tout entière. Si l'arbitrage devait être comparé à une société, la « société arbitrale », celle-ci serait peu représentative de la diversité de la société dans son ensemble. Alors que le monde de la politique, de l'entreprise, du sport, du cinéma et bien d'autres encore font le constat de l'absence des femmes à tous les niveaux, surtout décisionnaires, et de la nécessité d'une meilleure parité, l'arbitrage ne pouvait échapper à ce mouvement, aussi profond que salutaire, vers un meilleur équilibre social. De ce point de vue, une des critiques majeures de l'arbitrage s'est d'abord concentrée sur le manque de représentation des femmes. Signe des temps et de l'organisation différente de la communauté arbitrale, des campagnes d'associations dédiées en faveur d'une plus grande place des femmes en son sein[543] semblent porter leurs fruits. Aujourd'hui, grâce au lancement de différentes campagnes, on constate une augmentation indéniable du nombre de femmes nommées arbitres. Pourtant, il existe encore « trop peu de femmes en arbitrage »[544]. À la CCI par exemple, le nombre de nominations et de confirmations de femmes arbitres en 2019 représente 21 %[545] des nominations[546]. À la LCIA, le taux de nomination des femmes est de 29 % de femmes en 2019[547] et de 36,5 % à la SIAC. En ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, l'inégalité est encore plus visible : au CIRDI par exemple, on ne retrouve que quinze femmes parmi les soixante nominations d'arbitres en 2019[548]. Si ces chiffres sont en constante progression par rapport aux années précédentes, les parties à l'arbitrage aujourd'hui continuent par prudence et habitude à choisir des arbitres parmi une petite minorité de ce qu'il est parfois convenu, à tort ou à raison, de regrouper sous la dénomination « hommes blancs d'Europe occidentale ou d'Amérique du Nord ». Ainsi, un rapport publié en 2020 par un groupe de travail pluri-institutionnel[549] a pu soumettre un certain nombre de suggestions concrètes sur la manière dont les différents acteurs de la communauté arbitrale internationale peuvent agir pour améliorer la représentation paritaire dans l'arbitrage[550].

121. – Au-delà de l'égalité homme/femme, où en est la diversité en arbitrage ? Plus ici qu'ailleurs, l'émergence d'études sociologiques a aidé à la prise de conscience. L'Université de SOAS (*School of Oriental and African Studies*) a ainsi organisé une enquête auprès des praticiens africains de l'arbitrage en 2018 révélant que plus de 80 % des participants avaient suivi une formation en arbitrage tandis que moins de 20 % d'entre eux avaient siégé en tant qu'arbitre entre 2012 et 2017[551]. Ces chiffres démontrent, s'il le fallait, les progrès considérables qu'il reste à concrétiser en termes de diversité. Une autre affaire très médiatisée a également permis d'éclairer la communauté internationale sur ce problème ancien : l'affaire *Jay-Z* c/ *Iconix*. Dans une procédure d'arbitrage AAA initiée contre le célèbre rappeur, celui-ci avait réussi à suspendre temporairement, après s'être plaint que l'institution arbitrale ne proposait pas

---

[543] *The Pledge for Equal Representation* et le travail d'organisations telles que *ArbitralWomen*.

[544] L. Kiffer, *Arbitrage : encore trop peu de femmes ! : Les Échos Executives* 3 sept. 2020.

[545] *The ICC Dispute Resolution Statistics*, 2019.

[546] R. Bamforth, G. Pendell et D. Shah, *ICC 2019 Statistics Report : Trends and growth areas*, Lexology, 31 juill. 2020.

[547] LCIA, *Annual Casework Report for 2019*, 19 mai 2020.

[548] L. Kiffer, *Arbitrage : encore trop peu de femmes ! : Les Échos Executives* 3 sept. 2020. – G. Van Hartenn, *The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration : Columbia FDI Perspectives* févr. 2012.

[549] *ICCA Reports No. 8 : Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings*, ICCA & Kluwer Law International, 28 juill. 2020.

[550] N. Peart, J. Ivers et Hannelore, *Cross-Institutional Task Force Releases Groundbreaking Report on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings : Kluwer Arbitration Blog* 11 août 2020.

[551] SOAS Arbitration in Africa Survey, *Domestic and International Arbitration : Perspectives from African Arbitration Practitioners*, 2018.

réellement d'arbitres « afro-américains »[552]. Si Jay-Z a finalement retiré sa demande de suspension auprès d'un tribunal de New York, affirmant que l'institution avait accepté d'identifier et de mettre à disposition des candidats avec ce profil, l'arbitrage a par la suite été transigé entre les parties. On voit donc s'esquisser des réactions, ici et là. Les institutions arbitrales tentent ainsi de pallier ce problème ; particulièrement à la CCI, les chiffres de 2018 confirment la diversité croissante des arbitres nommés et confirmés par l'institution avec notamment des arbitres venant de près de quatre-vingt-dix juridictions différentes. Pour autant, parmi ces différentes nominations très peu d'arbitres proviennent du continent africain[553]. Plus récemment, l'organisation d'arbitrage américaine JAMS a décidé de sanctionner un des arbitres officiellement inscrits sur ses listes pour des propos à caractère raciste et pour avoir transféré un article promouvant le nationalisme blanc à un avocat dans une affaire qu'il arbitrait[554]. Pour lutter contre ce manque de diversité, la communauté arbitrale se mobilise, à l'instar du mouvement, amorcé au milieu de la décennie 2015, pour l'égalité arbitrale entre sexes. Ainsi, en septembre 2019, la « Promesse africaine », une initiative similaire au *Pledge for Equal Representation*, a été lancée pour remédier à la sous-représentation des arbitres africains dans les tribunaux arbitraux[555].

Section 2

Réflexions sur une légitimité persistante

122. – Quelle(s) légitimité(s) ? Les motifs de critique pourraient finir par saper les fondements juridiques et éthiques d'une institution qui reste intimement associée à l'idée de justice. Or, les critiques posées ne sont pas toutes placées sur le même plan que les raisons qui permettent de fonder sinon sa légitimité, au moins sa « validité ».

La question de la « légitimité » d'une institution, d'une règle ou d'une notion est protéiforme. Elle se présente en premier comme une question de valeur, par référence à une idée de morale ou de justice par exemple. La légitimité peut encore s'inférer d'une pratique répétée et acceptée, dans une logique de légitimité sociologique, ou enfin se déduire de son utilité ou de son efficacité.

Ce premier ensemble d'éléments de légitimité est souvent résumé au premier de ses éléments. La démonstration est souvent faite de la légitimité, morale et juridique de l'arbitrage, à l'instar de l'affirmation d'un ministre de la Justice[556] selon lequel la

---

[552]Il ressort des « transcripts » de l'audience de sursis, que l'institution AAA donnait une liste de deux cents arbitres parmi lesquels choisir. La procédure à suivre était la suivante : chaque partie devait en choisir quatre et l'institution arbitrale quatre de plus, afin d'obtenir un maximum d'arbitres et de choisir ensemble un seul arbitre parmi les douze choisis. Sur ces deux cents, seuls trois Afro-Américains ayant une expertise en droit commercial ont été proposés (dont un qui présentait un conflit d'intérêts et qui n'a pu être choisi) et seulement trois de couleur (qui étaient latino-américains, asiatiques et sud-asiatiques).

[553]*2018 ICC Dispute Resolution Statistics : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2019, Issue 1.

[554]S. Perry, *JAMS cuts ties with arbitrator over racist email : GAR* 12 août 2020.

[555]J. Ballantyne, *African Promise aims to promote diversity on tribunals : GAR* 8 oct. 2019.

[556]R. Badinter, *Discours prononcé lors de la célébration du 60e anniversaire de la Cour d'arbitrage de la CCI le 10 oct.*

légitimité de l'arbitrage international passe par des résultats et des chemins qui « contribuent à l'épanouissement et au renforcement d'un État de droit » et « est une des expressions spontanées mais harmonieuses de la justice (…) qui respecte les grands canons de la justice ». C'est répondre ici à l'argument moral qui supposerait donc, entre autres, que la justice entre dans les tribunaux arbitraux, ce qui suppose au moins deux voies. La première, plutôt américaine, viserait à faire émerger la « vérité » d'une affaire par un procès arbitral, ce qui justifie que les moyens, procéduraux et financiers, soient utilisés à cet effet ; la seconde vise à mettre en œuvre des procédures indiscutables permettant de parvenir à des sentences, actes de justice, *via* des contrôles, étatiques notamment. Or, cette question permet d'envisager une autre question de légitimité, qui serait celle de la « légitimité en soi », en quelque sorte, c'est-à-dire de sa validité, indépendamment de tout référent relevant du premier ensemble, celui des arguments moraux.

Elle relève donc d'un autre ordre. C'est une vieille question, assez française d'ailleurs, qui voudrait démontrer que l'arbitrage international soit « autonome », en tant qu'il serait le produit d'un ensemble de volontés, celles des parties et celles des arbitres, c'est-à-dire qu'il existerait un ordre juridique arbitral autonome, en tant qu'il ne dépendrait d'aucun système juridique étatique quelconque. Il ne suffit pas en effet d'observer, négativement, que l'arbitrage est valide parce que conforme avec la loi d'un État, qui pourrait décider du jour au lendemain de rendre cette justice privée illégale, comme l'histoire l'a déjà montré par exemple en matière d'arbitrage d'investissement, ou dans des matières considérées comme non arbitrables. Il s'agit en effet de mesurer non point cette légitimité, mais, au-delà, l'autonomie ou l'hétéronomie de l'arbitrage, ce qui relève de la question de sa validité[557].

123. – Éléments de légitimation de l'arbitrage. Les écrits en matière de philosophie de l'arbitrage foisonnent, sans doute en raison de la difficulté de la résolution de ces deux problèmes de légitimité, notamment en matière d'arbitrage international, la question ayant moins d'intérêt pour l'arbitrage interne[558]. Les questions sont posées parfois de manière assez romantique, par exemple lorsqu'il s'agit de savoir comment l'idée même d'arbitrer[559] parvient à s'imposer. Elles interrogent donc, fondamentalement, les concepts de justice, de raison, et de reconnaissance, ce qui est

---

1983, in *60 ans après, Regards sur l'avenir*, ICC Publ., 1984, p. 23.

[557]Th. Clay et Ph. Pinsolle, *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale – Les grands arrêts de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international de 1963 à 2007 : JDI* janv. 2015, n° 1, doctr. 2. – J.-B. Racine, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2005, p. 305 et s. – Ph. Fouchard, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 1965, p. 99 et s.

[558]V. not. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 19. – P.-M. Dupuy, *Des arbitres sans contrôle ? De la légitimité des tribunaux arbitraux dans le domaine des investissements*, in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, juill. 2010, p. 316 et 318. – P. Tercier, *La légitimité de l'arbitrage : Rev. arb.* 2011, p. 653. – E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008, spéc. p. 60. – E. Gaillard, *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international : JDI* 2007, p. 1163. – Ph. Fouchard, L'autonomie de l'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1965, p. 99. – Th. Clay et Ph. Pinsolle, De *l'autonomie de la* convention *d'arbitrage* à l'*autonomie de* la sentence arbitrale – Les grands arrêts de la Jurisprudence française en matière d'*arbitrage* international de 1963 à 2007 : *JDI* 2015, doctr. 2 . – E. Gaillard, *Observations sur la philosophie de l'arbitrage commercial international*, in *Où va l'arbitrage international – De la crise au renouveau*, Actes du colloque d'Istanbul, LexisNexis, avr. 2016, p. 3. – M. Grando, *Challenges to the Legitimacy of International Arbitration : A Report from the 29th Annual ITA Workshop : Kluwer Arbitration Blog* 19 sept. 2017. – S. W. Schill, *Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration*, in *Legitimacy : Myths, Realities, Challenges*, Kluwer Law International Van den Berg (éd.), mai. 2015, p. 789 et s.

[559]J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, déc. 2013.

juste, équitable, efficace, acceptable voire désirable, étant entendu que ces critères ne sont pas nécessairement universels mais peuvent être relativisés, notamment selon le lieu et le temps.

124. – En France, Bruno Oppetit a montré que ces paramètres semblent converger vers une reconnaissance forcée, comme on forcerait le respect, de l'arbitrage[560]. L'idée que la justice serait une fonction intrinsèquement régalienne et donc étatique est fortement contredite par l'histoire et surtout nuancée par ce qui est devenu un véritable droit au juge, y compris privé, la justice étant aujourd'hui davantage un bien public, naturel ou délégable, qu'un service public, même si elle n'emporte pas le transfert de l'*imperium* vers l'arbitre (puisque l'État conserve le monopole de la force dite, justement, légitime). Le principe même d'une justice privée serait d'autant plus acceptable que le juste précède l'État, que l'État est désormais, dans un État de droit, soumis au droit, et à un droit « plus grand que lui », et peut être lui-même jugé, et que la fonction de juger a été ramenée à sa plus noble et simple expression, détachée de toute enveloppe étatique, à savoir le respect des principes processuels communs (contradictoire, égalité, loyauté, *etc.*), ce que la notion de procès équitable de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme symbolise parfaitement.

La légitimité peut provenir d'une nécessité car cette recherche, jugée légitime y compris par l'État lui-même, d'une justice alternative, plus flexible, plus proche de l'attente de certains justiciables, devient presque essentielle sur le plan international, surtout lorsque le litige implique un État, aboutissant autrement à cette situation inique que ce dernier serait « juge et partie ». Par conséquent, la légitimité de l'arbitrage dépend de la qualité des procédures et de la confiance qu'elles inspirent. La légitimité de l'arbitrage international suppose, outre les qualités de l'arbitre choisi (V. *infra*, n° 684), que les règles applicables permettent de garantir d'une part la validité (au sens ici juridique et processuel) de l'arbitrage international, mais également son intégrité, celle des arbitres, celle de la procédure, des honoraires, *etc.* Par ailleurs, il est vain de tenter de hiérarchiser les types de justice car les justices arbitrale et étatique se nourrissent, se complètent et *in fine* ne peuvent que difficilement vivre l'une sans l'autre : que feraient les États, à part recourir à la force (ce qu'ils font parfois cependant) pour régler leurs différends frontaliers sans le système arbitral de la Cour internationale de justice instauré par le droit international mais auquel ils ont adhéré ? Que feraient les parties si le juge d'appui ne pouvait pas être saisi, en dépit du principe compétence-compétence, pour constater l'inexistence manifeste d'une clause arbitrale[561] ? Un célèbre spécialiste[562] a tenté de rendre compte, de manière générale et comparatiste, des différentes approches « philosophiques » qui existent dans le monde au sujet de cette autonomie arbitrale par rapport à tout ordre étatique.

125. – D'un point de vue comparatiste, cet auteur distingue par exemple la représentation monolocale (qui rattache l'arbitrage à un for, celui du siège et subordonne sa validité à la loi de ce dernier)[563], la représentation multinationale (qui

---

[560]B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. p. 114 et 119.

[561]W. Park, *Explaining Arbitration : Boston Univ. School of Law*, Public Law Research Paper n° 15-42.

[562]E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de La Haye, 2008, n° 2. *Adde* B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998 ; *Philosophie de l'arbitrage commercial international : JDI* 1993, p. 811.

[563]Dont la jurisprudence anglaise ; V. *Bank Mellat* v. *Helliniki Techniki S.A.* [1984] 1 QB 291, p. 301 ; V. égal. *Star Shipping AS* v. *China Nat'l Foreign Trade Transp. Corp*. [1993] 2 Lloyd's Rep. 445 (English Ct. App.).

dépasse l'ordre juridique du siège[564], mais fait dépendre la juridicité de l'arbitrage de plusieurs ordres étatiques, notamment de ceux où la sentence sera reconnue, ce qui rend son autonomie relative car fonctionnelle) et la représentation transnationale (dont la théorie positiviste postule qu'il existe un ordre juridique arbitral détaché de tout ordre juridique étatique). Il est d'ailleurs loin d'être certain que la recherche d'un for neutre sera satisfaite par la création, depuis le début de la décennie 2010[565], de tribunaux étatiques dits « internationaux » et censés offrir une véritable alternative à la justice arbitrale. Si les États ont ainsi pensé proposer, économiquement, une alternative étatique au marché de l'arbitrage en développant des cours dédiés pour régler des litiges commerciaux transfrontaliers, ils ont sans doute occulté l'aspect politique de son succès, à savoir que sa légitimité provenait justement de ce qu'il s'éloignait du cercle étatique. On peut ainsi prendre les règles applicables à la Chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris[566] ; l'objectif était de renforcer l'attractivité et la compétitivité internationales des juridictions françaises en permettant à Paris de capter le contentieux des affaires post-Brexit, et en suivant une procédure, permise même en langue anglaise, finalement proche de celle qui prévaut en arbitrage[567]. Mais l'ironie vient du fait que cette concurrence étatique est la meilleure preuve de la reconnaissance de la légitimité de l'arbitrage par l'État et ses propres juges. Si des institutions comparables aux Pays-Bas, à Singapour, en Chine, et en Allemagne ont émergé[568], leur ancrage reste à confirmer, sans oublier que l'objectif d'un forum neutre risque fort d'être frustré par des chambres dont les décisions finiront, du moins en appel, par être absorbées par le système judiciaire hiérarchique national.

126. – Légitimité et instrument pacificateur. Il demeure une dernière source de légitimité, aujourd'hui occultée, mais qui mérite d'être rappelée, à l'heure où, trop souvent mis aux bancs des accusés, la défense de l'arbitrage s'impose comme un formidable pacificateur[569]. À l'heure de la contraction du commerce international, des guerres économiques, des rivalités politiques, des replis et autres formes de nationalisme, on oublie trop souvent que l'arbitrage a pris son envol, certes après la Seconde Guerre mondiale, mais plus spécifiquement en pleine guerre froide. Dès 1976, à l'Assemblée générale des Nations unies qui recommandait l'usage du règlement d'arbitrage CNUDCI, il était dit que l'arbitrage « contribuerait au développement de relations économiques harmonieuses ». Certes, à l'époque, le vecteur essentiel de la

---

[564]Th. Clay et Ph. Pinsolle, *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale – Les grands arrêts de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international de 1963 à 2007 : JDI* janv. 2015, n° 1, doctr. 2. – J.-B. Racine, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2005, p. 305 et s. – Ph. Fouchard, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 1965, p. 99 et s.

[565]Le *Dubaï International Financial Centre* (DIFC) en 2004 à Dubaï (EAU) et le *Qatar International Court and Dispute Resolution Center* (QICDRC) à Doha en 2009 ; la Cour commerciale et la Cour d'appel commerciale des Pays-Bas ; les chambres commerciales internationales de Paris en 2017 ; Le *Singapore International Commercial Court* (SICC) en 2013 et le *China International Commercial Court* (CICC) en 2018.

[566]Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris, Tribunal de commerce de Paris et Barreau de Paris, 7 févr. 2018, V. *infra*, n° 1509.

[567]O. Dufour, *Brexit : après la chambre internationale, voici l'arbitrage simplifié !*, Lextenso, 23 mars 2020 ; « L'attractivité de la Place de Paris, Les chambres commerciales internationales : fonctionnement et trajectoire », colloque 14 juin 2019.

[568]V. la *Singapore International Commercial Court* (SICC) créée en janvier 2015 (www.sicc.gov.sg), la Chambre pour le règlement des différends commerciaux du Tribunal régional de Francfort créée en janvier 2018, la Chambre internationale de la cour d'appel de Paris créée en février 2018 et la *Netherlands Commercial Court* (NCC) créée le 1er janvier 2019.

[569]H. Motulsky, *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 14 ; V. aussi : U. Franke, A. Magnusson et J. Dahlquist, *Arbitrating for Peace : How Arbitration Made A Difference*, Kluwer Law International, 2016.

croissance économique et du progrès social, et *in fine* de la paix mondiale, était la promotion du commerce. Mais il ne serait aujourd'hui pas raisonnable d'exclure l'avenir de l'arbitrage, détaché du commerce mondial : s'il est vrai que le second a permis au premier de se développer, il ne faudrait pas que la contraction des échanges internationaux emporte celle de l'arbitrage international. En réalité, on peut espérer que ce soit l'inverse qui se produira : le besoin d'une justice neutre et internationale ayant suivi le développement du commerce mondial, on imagine que l'arbitrage, comme un enfant qui s'est émancipé de ses parents, à son tour, aidera à résister aux barrières nationalistes que l'on voit souvent se dresser un peu partout.

127. – L'autre défi en termes de légitimité est double : le premier concerne des matières autrefois très éloignées des préoccupations des opérateurs du commerce international, comme les droits de l'homme ou le droit environnemental, que les acteurs et notamment les arbitres doivent prendre à bras-le-corps. De même, la nécessaire intégration de candidats issus de la diversité et la recherche d'un équilibre paritaire hommes-femmes semble être une préoccupation qui ne peut que renforcer la légitimité de l'arbitrage, entendu comme une communauté, un marché et un système à l'image – plutôt qu'à l'écart – du monde qu'il entend refléter et dont il entend régler les différends selon une autre philosophie. L'ensemble de ces arguments se présentent comme des éléments de légitimation de l'arbitrage, mais ne résolvent pas la question de sa validité, lequel se présente souvent de manière dérivée, comme une question d'autonomie.

128. – Légitimité et autonomie de l'arbitrage international. Cette présentation de la critique sociologique n'entend pas ignorer la discussion, plus théorique, autour de la source de l'autorité arbitrale, bien que quelque peu ancienne, et très « française », qui vise à admettre et faire admettre la question de l'autonomie de l'arbitrage international[570]. Le débat, parfois très idéologique, oppose la souveraineté des États et celle des parties à travers notamment la question de l'autonomie de la volonté des individus. Le débat qui pose la question de savoir si la loi des parties est la source de l'autorité arbitrale ou si celle-ci n'est-elle que simple délégation de la loi qui la tolère, peut sembler un peu dépassé. Il semble difficile de nier que ce sont les deux sources qui contribuent de manière complémentaire et concomitante à la juridicité du système arbitral, entendu comme une institution juridictionnelle et normative[571], qui dit le droit et est reconnue comme telle, et non une simple technique contractuelle au seul service d'intérêts privés. L'arbitrage repose en principe sur un fondement contractuel, c'est-à-dire qu'un accord de volonté permet de déclencher un procès arbitral, comme alternative à la justice étatique ; mais inversement, il existe, d'une part, des arbitrages forcés, c'est-à-dire dans lesquels la justice étatique renonce, par la loi, à son pouvoir de juger, sans oublier, d'autre part, qu'il suffirait que tous les États du monde rejettent l'arbitrage pour que l'institution arbitrale ne soit plus qu'une simple promesse contractuelle, sans possibilité d'exécution. Certains considèrent donc que la question de l'autonomie est au mieux une fiction, au pire un mythe, voire un rêve[572].

---

[570] *Cf.* Ph. Fouchard, *L'autonomie de l'arbitrage international : Rev. arb.* 1965, p. 99. – J.-B. Racine, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage international : Rev. arb.* 2005, p. 305. – E. Gaillard, *Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international : JDI* 2007, p. 1163. – Th. Clay et Ph. Pinsolle, *De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale : JDI* 2015, p. 13.

[571] Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, n° 758.

[572] *Cf.* H. Muir Watt, note ss Cass. 1re civ., 12 oct. 2011 : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 121 ; *adde* : R. Michaels, *Dreaming law without a state : scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature : London Rev. intern. Law* 2013, p. 35.

129. – Validité juridique de l'arbitrage (international). D'un point de vue général, la question de la légitimité de l'arbitrage, notamment international, au sens où l'institution arbitrale est, non plus « morale » ou « nécessaire », mais simplement conforme aux règles juridiques existantes, mérite d'être posée. Elle le mérite ne serait-ce que parce que cette institution obéit à un double fondement, un fondement juridictionnel et un fondement contractuel : dès lors, il importe de justifier la manière, pour des parties en litige, de faire usage de leur liberté pour échapper aux juridictions étatiques établies par des systèmes juridiques valables pour permettre à des juges choisis, et échappant donc au système de sélection étatique des magistrats, de *juger* le tout en disposant d'une large latitude pour s'écarter des règles judiciaires et des règles de fond également établies par des systèmes juridiques valables.

Ainsi, le débat posé en termes de légitimité dérive vers une logique de validité. On comprend l'enjeu : les contrats internationaux, les litiges internationaux trop ordinaires, les arbitres trop habitués à une sorte de « guide des bonnes pratiques » qu'ils auraient confectionné, pour que l'arbitrage international dépende de caprices juridiques nationaux, par exemple parce qu'un système juridique validerait la convention d'arbitrage tandis qu'un autre l'invaliderait, *etc.*, de sorte que la source de légitimité de l'arbitrage international reposerait sur une sorte de compromis raisonnable et transnational.

Par conséquent, la légitimité de l'arbitrage international repose essentiellement sur deux éléments : le fait que l'arbitrage international est une *réalité*, en expansion, et le fait que l'arbitrage international est *utile*, pratique, pour les opérateurs du commerce international. En ce sens, les règles de l'arbitrage international sont légitimes et seraient, par conséquent, valides. Or, on mesure ce que ce raisonnement a de bancal et circulaire : l'arbitrage international *est* légitime parce qu'il *doit être* valide.

Les arguments de légitimité posés en faveur de son développement sont connus et ne prêtent à discussion qu'à la marge ou au contraire pour dénier toute exception à la compétence étatique, ceux assurant la validité de l'arbitrage international sont plus délicats, parce qu'ils ne peuvent pas découler du seul constat d'une légitimité, par ailleurs discutée. Le débat remonte à celui provoqué par la promotion de la *lex mercatoria*[573] qui serait une norme, peu important son origine, supranationale ou nationale[574], une norme obligatoire donc, alors même qu'elle ne trouverait pas sa source dans un ordre juridique étatique quelconque. Il faudrait donc admettre qu'il existe des normes juridiques, dans l'ordre juridique international, qui ne dérivent pas d'un ou de plusieurs ordres étatiques ou supra-étatiques. Or, cette logique, pas davantage que l'hypothèse de l'existence d'une norme générale d'habilitation de l'arbitrage international, ne peut être considérée comme une norme juridique, obligatoire et valide, sans le recours à sa validation soit par un droit naturel à identifier, soit par, au moins, un ordre juridique national[575] et non par une norme supérieure et extérieure à celui-ci, du moins dans une conception *réellement* positiviste[576]. Rien n'interdit, alors, à un système juridique donné, le droit français par exemple, de reconnaître un caractère

---

[573] *Cf.* B. Goldman, *Frontières du droit et Lex Mercatoria : Arch. phil. dr.* 1964, p. 177. V. *contra* : P. Lagarde, *Approche critique de la Lex Mercatoria*, *Études B. Goldman*, Litec, 1982, p. 125.

[574] V. F. Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1992, spéc. p. 264.

[575] Comp. A. Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, éd. Panthéon-Assas, 2004, spéc. p. 102.

[576] W. Wengler, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat : Rev. crit. DIP* 1985, p. 467.

réellement international à l'arbitrage international, voire de tous les États qui seraient signataires d'une hypothétique convention internationale qui l'imposerait[577]. Tant que ce point n'est pas acquis, la question des éventuels conflits de lois sur l'arbitrage demeure d'actualité, peu important de savoir si cette situation est heureuse ou malheureuse. De même, la validité de l'arbitrage international peut ne pas reposer sur la seule et simple volonté des parties et des arbitres en ce que cette volonté ferait la *loi des parties* avivant le principe jusnaturaliste de l'autonomie de la volonté, permettant par exemple aux arbitres d'appliquer des règles de fond ou de procédures autres que les règles du « for arbitral ». Or, là encore, ce n'est pas l'existence d'un principe immanent d'autonomie de la volonté qui le justifierait mais, par exemple en droit français, le fait que la loi ou la jurisprudence le valident ou le fait qu'ils valident par exemple la possibilité pour l'arbitre de se référer à une norme juridique non retenue en droit interne, comme les principes généraux des contrats internationaux, des usages internationaux ou encore à la morale ou l'équité[578]. Dans de telles conditions, la promotion d'un ensemble de principes généraux du droit du commerce international articulé autour de principes simples, voire élémentaires, la bonne foi dans les contrats, le rejet de la fraude, la bonne foi dans l'exécution des obligations, l'obligation de minimiser les dommages, *etc.*, en tant qu'ils sont reconnus comme possibles par les éventuels systèmes juridiques nationaux ou internationaux, établit cette forme de compromis qui permet de déceler l'apparition d'un ordre juridique arbitral[579].

La validité de l'arbitrage international est alors, théoriquement et pratiquement, posée : ce n'est pas *l'existence* de l'arbitrage international qui justifie sa légitimité et, ce faisant, sa validité, c'est la *reconnaissance* par la plupart des systèmes juridiques de l'institution de l'arbitrage international[580] et des diverses facultés et libertés de l'arbitre qui établit cet ordre arbitral international en perpétuelle mutation. Par exemple, le célèbre arrêt *Putrabali*, rendu à propos de la possibilité pour un juge français de conférer l'*exequatur* à une sentence arbitrale internationale annulée dans son pays d'origine, propose une solution au contenu éloquent : « 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 » (V. *infra*, n° 1683). Elle peut être appréciée comme fondant le fait que c'est bien parce que la régularité de la sentence arbitrale peut être envisagée dans un système juridique donné, celui du lieu d'exécution et non celui du siège de l'arbitrage, que l'on peut considérer qu'il s'agit d'une décision de *justice internationale*, participant de cet ordre arbitral international,

---

[577]E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de La Haye, coll. « Livres de poche », 2008, spéc. n° 22.

[578]E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, spéc. n° 42. V. cependant et *contra*, P. Mayer, *La règle morale dans l'arbitrage international*, *Études P. Bellet*, Litec, 1991, p. 379, pour lequel « il est indispensable que l'arbitre ait à sa disposition un moyen d'évincer [des lois immorales] et de leur substituer le principe qui lui permettra de rendre une sentence conforme aux valeurs morales auxquelles il ne veut pas porter atteinte », ce qui suppose pourtant que le juge devant qui un recours serait porté valide cette possibilité, de sorte que cette dernière est donc bien une norme *dérivée* et non une norme supérieure. Sur la doctrine favorable à l'idée d'un ordre juridique arbitral, V. not. J.-B. Racine, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.* – J.-P. Ancel, *Arbitrage et internationalité. Quelques réflexions et propositions*, in *Mél. P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 17. – *Contra* : S. Billarant, *Regards d'un internationaliste sur l'ordre juridique arbitral*, *in* R. Chaaban (ss dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Lextenso, 2012, p. 105.

[579]E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, spéc. n^{os} 60 et s.

[580]Ph. Fouchard, *Où va l'arbitrage international ? : McGill Law Journal* 1989, vol. 34, p. 435, spéc. p. 439.

mais qui n'intègre pas, en soi, un système juridique étatique et peu important que cette solution ne fasse pas l'unanimité dans les autres ordres juridiques internationaux.

Le droit français s'est depuis longtemps orienté vers cette conception donnant à l'arbitrage une légitimité propre : « L'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger des arbitres relève d'une légitimité propre et autonome »[581], affirmait déjà dans les années 1980 la cour d'appel de Paris. Cette conception peut paraître très française, au regard notamment du vocabulaire légistique du Code de procédure civile qui utilise des formules spécifiques, et qui n'ont pas toujours leur équivalent ailleurs, comme l'application par l'arbitre de « règles de droit » (non nécessairement nationales donc) ou le recours au « juge d'appui », ou encore la jurisprudence relative aux « règles matérielles de l'arbitrage international »[582], à la « validité et l'efficacité propres » de la clause compromissoire internationale[583] ou enfin les termes de la décision *Putrabali*. Cette conception transnationale a parfois été moquée, parce qu'elle renverrait à l'idée, saugrenue, de sentences suspendues dans un ordre inexistant « au-dessus » des ordres étatiques, mais aussi en ce qu'elle oubliait qu'elle passait avant tout par un prisme français[584]. C'est surtout une incompréhension de l'approche française de la légitimité de l'arbitrage international, qui justifie d'ailleurs son insertion harmonieuse, voire largement encouragée par la Cour de cassation, dans le droit interne français. Elle n'est pas le seul fait du droit français, ce qui explique le consensus international et l'adhésion par de nombreux États à ce qui est devenu l'institution arbitrale internationale, compris comme une réalité, juste, utile, raisonnable, voire nécessaire, grâce notamment aux ratifications de la Convention de New York de 1958 et à l'adoption de la loi-modèle de la CNUDCI.

Encart 10

L'arbitrage est-il une mode ?

130. – La mode est une façon de se comporter, au goût d'une époque et d'une société, mélange de choix individuels et collectifs, d'essence et d'apparence, qui tout à la fois sort d'un cadre déjà défini et en crée un autre, suit et dépasse les codes. Ce style fait donc écho à ce qu'est l'arbitrage, parfois comparé à un « art ». De prime abord toutefois, l'arbitrage semble avoir toujours été au-delà des modes, constant à travers l'histoire du droit, des droits, des sociétés, des religions et des institutions, de l'Antiquité en passant par la Convention de New York de 1958. Son succès ne s'est jamais démenti au point que même le secteur de la mode y recourt[585]. Si, certes, l'arbitrage n'est pas

---

[581]CA Paris, 4 mai 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 664, note Ph. Fouchard.

[582]CA Paris, 7 mai 2009, *Suba France* c/ *Pujol : LPA* 11-12 août 2009, p. 10, note J. Barbet.

[583]CA Paris, 20 avr. 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 570. – CA Paris, 30 nov. 1988 et 14 févr. 1989 : *Rev. arb.* 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz. – CA Paris, 28 nov. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 675 (1re esp.), note P. Mayer. – CA Paris, 11 janv. 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 95, note D. Cohen ; *JDI* 1991, p. 141, note B. Audit ; *RTD com.* 1992, p. 586, obs. J.-C. Dubarry et É. Loquin.

[584]Et il est vrai que l'on oublie parfois que, avant même de s'interroger sur le régime libéral qui lui serait applicable, la définition même de l'arbitrage international répond à des critères (économiques) nationaux et qui sont *propres* au droit français (CPC, art. 1504).

[585]Netherlands Arbitration Institute, *Swatch* v. *Tiffany & Co*, 21 déc. 2013.

éphémère, certains se demandent justement, puisqu'ancien, si, comme toute institution qui dure, l'arbitrage n'est pas aujourd'hui démodé : trop cher, trop lent, trop lourd, comme un vêtement procédural qui n'est plus sur mesure, ou au goût du jour. Un peu comme la démocratie, elle serait en crise, voire illégitime : contre les États, en matière de consommation, en évitant les questions qui fâchent, comme la fraude, le manque d'impartialité, de féminité ou de représentation des minorités, alors que la mode vestimentaire, elle, se veut transparente, haute en couleurs et reflet des changements sociétaux.

131. – Passé de mode, peut-être dépassé, y compris par le règne écologique et menacé par un « hiver » qui arrivait avant la Covid-19, l'arbitre peut-il disparaître pour être remplacé par le médiateur, le juge international, voire l'intelligence artificielle ? Impertinent, l'arbitrage l'a en réalité toujours été et il vrai que les critiques sont aussi révélatrices de son succès, qualitatif et quantitatif : on demande à cet habit, de plus en plus porté, de s'adapter à tout et tout le temps. N'est-ce pas trop ? À force de se démocratiser, perdrait-il de son âme ? Non, à condition de relever les défis économiques et du dialogue avec ses utilisateurs, c'est-à-dire s'il sait changer dans la continuité, continuer dans le changement, L'arbitrage continuera à coller à l'ère du temps, car il est entre les mains de ceux à qui il est destiné et leur échappe à la fois, y compris les États. Il concilie l'inconciliable, comme dans la mode : être libre dans la contrainte (y compris des matériaux).

Les principales distinctions de l'arbitrage

132. – Présentation. Certaines distinctions majeures traversent le droit de l'arbitrage et, bien qu'elles tendent parfois à s'atténuer et malgré les nombreuses nuances auxquelles les arbitres eux-mêmes peuvent se prêter, l'arbitrage présente parfois un aspect relativement binaire, presque manichéen. D'autres tendent aujourd'hui à disparaître. C'est ainsi que l'on opposait les faux arbitrages, notamment, ceux de l'ancien article 1592 du Code civil qui laissait le prix de la vente « à l'arbitrage d'un tiers », ce qui en faisait un arbitrage dit « contractuel »[586], ou l'arbitrage dit « judiciaire » ainsi qualifié pour désigner, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, la mission confiée par les parties au juge étatique de statuer en amiable composition ou encore l'arbitrage du bâtonnier[587]. L'article 1592 du Code civil a été modifié en 2016 et concernant l'arbitrage judiciaire, il convient de rappeler que conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, les parties, lorsque le litige est né, peuvent décider de conférer au juge étatique la mission de statuer « comme amiable compositeur ». Malgré sa mission d'amiable compositeur, le juge ne peut pas être confondu avec l'arbitre privé. Le juge n'est pas choisi par les parties, la procédure n'est pas choisie par les parties, il demeure un juge d'ordre étatique, soumis aux règles processuelles étatiques, il rend sa décision au nom de l'État et cette dernière est dotée de la force exécutoire[588]. L'arbitrage du bâtonnier, encore désigné comme tel dans la jurisprudence, est aussi à contraster avec l'arbitrage réel, même si les deux se mélangent parfois[589] : s'il désigne la procédure applicable à la profession d'avocat qui prévoit un « arbitrage » par le bâtonnier de l'ordre compétent, pour trancher les litiges entre avocats à l'occasion de l'exercice de leur activité, il s'agit d'un arbitrage forcé, imposé par la loi aux avocats, auquel le régime du Code de procédure civile ne s'applique pas[590]. Tous ces types d'arbitrages sont à distinguer des « vrais arbitrages », fondés sur la volonté des parties et orientés vers la décision obligatoire rendue par un tiers privé.

---

[586]Cass. 1re civ., 16 mai 1984, n° 82-17.008 : *Bull. civ.* 1984, I, n° 164. – Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.586 : *Dr. sociétés* 2010, p. 108, obs. M.-L. Coquelet : « Le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques, peu important que l'intervention de ce tiers fût soumise à la constatation d'un désaccord entre les contractants relativement à ces éléments (…) ».

[587]V. *supra*, n° 11.

[588]E. Loquin, *Arbitrage – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients : JCl. Procédure civile*, 11 févr. 2015, n° 23.

[589]Cass. 1re civ., 15 janv. 2020, n° 18-20.102, *Fiacre La Bâtie Hoffman : Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – CA Lyon, 11 avr. 2019, n° 18/05597 : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

[590]E. Loquin, *Arbitrage – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients*, *op. cit.*, n° 27.

Or, bien que certaines institutions ne soient clairement pas arbitrales, leurs décisions se retrouvent parfois et étrangement soumises au régime du recours en annulation devant la cour d'appel et voient leur validité appréciée comme s'il s'agissait de sentences arbitrales[591]. De plus, on a également longtemps opposé, au sein des conventions d'arbitrage, la clause compromissoire au compromis, la première ayant longtemps fait l'objet d'une forme de traitement discriminatoire par la loi et la jurisprudence. Ces catégories s'estompent du fait de l'intervention du législateur, mais aussi parce qu'il semble que la doctrine et la pratique aient fait ici œuvre de pédagogie.

133. – Pour autant aujourd'hui des distinctions majeures subsistent, qui ne sont pas que des distinctions théoriques, mais recoupent des différences économiques, souvent, parfois de pratique.

En effet, on distingue une première *summa divisio* entre deux grands types d'arbitrages, selon ou non que l'acteur majeur qu'est l'institution arbitrale intervient à l'opération : l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc* (Chapitre 1). On retrouve également une autre opposition, sur un autre ordre plus substantiel en ce que la différence a trait à la matière litigieuse (contrat ou traité) : l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement (Chapitre 2). Enfin, d'un troisième point de vue selon le caractère national ou non de l'opération litigieuse, on oppose l'arbitrage interne et l'arbitrage international, distinction d'ailleurs formellement consacrée par le Code de procédure civile français (Chapitre 3).

[591] Par ex., la Commission arbitrale des journalistes est qualifiée par la cour d'appel de Paris de « juridiction étatique d'exception » (V. CA Paris, 4 juin 2009, n° 08/04319, *Sté Libération*, cité par Th. Clay : *D.* 2009, p. 2959) et la qualification d'arbitrage conduit la décision rendue par ladite commission continue à être assimilée, pour l'exercice des voies de recours, à une sentence arbitrale.

Chapitre 1

Arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel

134. – L'arbitrage peut être soit un arbitrage dit « institutionnel », soit un arbitrage dit *ad hoc*, c'est-à-dire un tribunal *pour l'occasion*. Le choix entre ces deux systèmes appartient aux parties et dépend de plusieurs facteurs, notamment leurs besoins, leurs attentes, leur budget et leur capacité à coopérer entre elles.

Section 1

L'arbitrage *ad hoc*

135. – L'arbitrage *ad hoc*, un arbitrage non institutionnel. L'arbitrage *ad hoc* peut être défini de façon négative par référence à la figure de l'arbitrage institutionnel. Il s'agit d'un arbitrage « qui est organisé à l'occasion d'un litige particulier sans recourir aux services d'une organisation (…) »[592], autrement dit un arbitrage plus libéralisé, sans carcan et qui n'est pas placé sous l'égide d'un centre d'arbitrage, mais sous celui des seules règles du droit étatique de l'arbitrage applicable, à défaut de volonté contraire. S'il reste difficile d'estimer son nombre[593], certains estiment qu'il est en fait la voix d'une « majorité silencieuse »[594], tant il est vrai que la littérature demeure à ce sujet marginale[595].

Deux manières de concevoir un arbitrage *ad hoc* peuvent ainsi être envisagées. La première est celle d'un arbitrage « sur mesure », par opposition à un arbitrage « prêt-à-porter » que figurerait un arbitrage institutionnel. En effet, dans ce dernier type, un règlement d'arbitrage, en général bien pensé, s'applique à tous les arbitrages qui renvoient au centre d'arbitrage qui en est l'auteur, quel que soit le secteur concerné, les

---

[592]P. Lalive, *Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc*, in *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 301, spéc. p. 302 ; V. aussi, R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, spéc. p. 371.

[593]Un travail de recensement pourrait ainsi être opéré à partir des dossiers *ad hoc* dans lesquels une institution intervient en qualité d'autorité de nomination (approche suggérée par G. Feld et M.-L. Bizeau, « Pour vivre heureux vivons cachés » – , *Mythes, réalité et pratique de l'arbitrage commercial* ad hoc *: Rev. arb.* 2021, p. 57.

[594]M.-L. Bizeau et G. Feld, *op. cit.* ; V. aussi : J. Clanchy, *Ad hoc Arbitration : a quiet majority : LexisNexis Blog* 27 mars 2018.

[595]V. toutefois : G. Blanke, *Institutional versus Ad Hoc Arbitration : A European Perspective : Academy of European Law's ERA Forum* juill. 2008, vol. 9, Issue 2, p. 275. – K. Bryan et D. MacKay, *Ad hoc arbitration keeps costs down : The National Law* nov. 2009. – U. G. Schroeter, *Ad hoc or institutional arbitration : A clear-cut distinction ? A closer look at borderline cases : Contemporary Asia Arbitration Journal* nov. 2017, vol. 10, n° 2, p. 141. – C. Wallgren-Lindholm, *Ad hoc arbitration* v. *Institutional arbitration*, *in* G. Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, Kindle éd., mars 2013, p. 61.

enjeux, le litige, *etc.* Même de très bonne facture, cela reste un arbitrage dans lequel les règles de procédure ont été pensées par d'autres que les parties et les arbitres. L'arbitrage *ad hoc* permet au contraire de prévoir un mode particulièrement adapté à la situation du litige, soit parce que les parties ont réellement prévu, dans la convention d'arbitrage, une sorte de règlement d'arbitrage *ad hoc*, soit parce que, au moment où l'arbitrage est déclenché, les parties et les arbitres prennent la peine de se pencher sur les règles applicables à ce litige particulier, par exemple dans un acte de mission. En réalité, cette présentation manichéenne est assez vaine. Les règlements d'arbitrage auxquels la convention d'arbitrage renvoit ne sont, en premier lieu, que supplétifs, il peut être envisagé des stipulations particulières dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission (par ex., des conditions spécifiques relatives à la désignation d'un arbitre, l'exclusion d'une phase de production de documents, *etc.*). En outre, les règlements d'arbitrage offrent, précisément, une assistance, prise en termes de « filet de sécurité », notamment dans tous les cas où les parties n'ont rien prévu, ou sont peu au fait des procédures arbitrales ou sont trop en situation contentieuse pour s'entendre sur les règles applicables du litige une fois celui-ci survenu. Dès lors, face à ce type de situation, ne reste que le droit étatique supplétif, les règles du Code de procédure civile pour le droit français, ce que, précisément, les règlements d'arbitrage, et notamment en matière d'arbitrage international, cherchent à améliorer et à dépasser, de manière à offrir des règles processuelles qui soient tout à la fois, rapides, plus que le recours au juge d'appui, compatibles avec les différentes règles étatiques ou interétatiques, et qui les améliorent, y compris dans des luxes de détails qui ne sont pas offerts par, par exemple, le Code de procédure civile. Par conséquent, la seconde manière de saisir l'arbitrage *ad hoc* est exactement l'inverse, celle d'un arbitrage véritablement « prêt-à-porter », au sens ordinaire du terme, un mode résiduel d'arbitrage, sur la base d'une convention d'arbitrage comportant éventuellement des erreurs, conduisant à des clauses dites « pathologiques », heureusement bien traitées, en France, depuis 2011, mais le souvenir des difficultés connues avant cette date doit conduire à une certaine prudence, c'est-à-dire un mode d'arbitrage dans lequel les parties ne sont pas véritablement au fait de ce type de procédures.

136. – Intérêts. Entre les deux présentations, l'arbitrage *ad hoc* peut aussi être considéré comme une technique permettant de réduire le coût de l'arbitrage, dans la mesure où les parties économisent, alors, les frais administratifs associés à l'assistance d'un centre d'arbitrage. Là encore, il s'agit d'une conception assez fruste de la dichotomie, dans la mesure où les parties peuvent parfaitement choisir un règlement d'arbitrage, celui de la CNUDCI par exemple ou les *Paris arbitration Rules* qui ne sont pas associées à un centre d'arbitrage, voire au règlement d'arbitrage rédigé par un centre d'arbitrage mais sans l'assistance de celui-ci. Par ailleurs, il est assez fréquent que, dans un arbitrage *ad hoc* sans renvoi à un règlement d'arbitrage, les parties établissent et conviennent des honoraires des arbitres envisagés par référence aux barèmes des différents règlements d'arbitrage. Finalement donc, on pourrait considérer que la distinction traditionnelle entre les deux types d'arbitrage est moins une question de technique d'organisation que d'habitude de la pratique de l'arbitrage par les parties ou leurs conseils.

Au-delà de ces aspects, l'organisation d'un arbitrage *ad hoc* reste entre les mains des parties et présente pour elles une grande liberté. Ainsi, les parties peuvent adapter la procédure et son déroulement à leurs besoins. Ne dépendant pas d'une institution, l'arbitrage *ad hoc* n'en est pas ignoré : il existe des règlements spécialement prévus pour les arbitrages *ad hoc* auxquels les parties peuvent, si elles le souhaitent, avoir

recours pour encadrer leur procédure et régler les éventuelles difficultés[596] et, en l'absence de toute référence à un tel règlement, demeurent libres d'appliquer les règles procédurales étatiques, telles qu'elles résultent par exemple d'une loi nationale qui régit l'arbitrage.

137. – Poids. L'arbitrage *ad hoc* peut néanmoins présenter l'inconvénient de reposer essentiellement sur la bonne foi des parties et leur volonté de coopérer. C'est notamment en cas d'incidents et autres difficultés survenus pendant la procédure que l'arbitrage *ad hoc* peut voir ressortir ses faiblesses. Il faudrait tout de même nuancer cet inconvénient, d'une part en raison de la possibilité donnée aux arbitres eux-mêmes de régler certaines difficultés survenues au cours de la procédure et, d'autre part, par les pouvoirs donnés par les législations aux juges étatiques d'intervenir pour porter assistance à l'arbitre. De plus, dans l'hypothèse où l'arbitrage *ad hoc* est soumis à un règlement d'arbitrage, ce dernier prévoit vraisemblablement des solutions pour régler les difficultés.

L'arbitrage *ad hoc* est donc généralement considéré comme moins coûteux qu'un arbitrage institutionnel dans la mesure où il n'entraîne pas le paiement des frais d'institution d'arbitrage. Toutefois, le coût de l'arbitrage *ad hoc* peut également dépendre du comportement des parties et peut, en cas de mauvaise organisation ou de paralysie, devenir plus cher qu'un arbitrage institutionnel. Par ailleurs, on considère que le risque d'annulation de sentence *ad hoc* est plus grand qu'en matière d'arbitrage institutionnel[597], même si aucune statistique ne permet vraiment de confirmer cette opinion. Il est certain en tout cas qu'un changement trop hâtif d'un arbitrage institutionnel à une forme *ad hoc* présente des risques de sanction[598].

Section 2

L'arbitrage institutionnel

138. – L'arbitrage institutionnel, un arbitrage organisé. L'arbitrage institutionnel est au contraire défini positivement comme une procédure d'arbitrage administrée par un centre d'arbitrage, dont c'est la mission première. En droit français ce type d'institution est désigné, métaphoriquement, comme « la personne chargée d'organiser l'arbitrage »[599]. L'institution d'arbitrage est en réalité « une personne morale (sous la forme d'une association, d'un syndicat, d'une société, un parti politique, *etc.*) dont la mission est d'organiser des arbitrages en application d'un règlement qu'elle a édicté et que les parties acceptent en convenant que leur litige sera réglé sous ses auspices »[600]. Centre ou d'institution d'arbitrage, les deux formules sont utilisées, sans qu'il y ait lieu d'y déceler une différence. Le « centre » d'arbitrage

---

[596]Par ex. le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec un nouveau paragraphe 4 à l'article 1er, adopté en 2013).

[597]V. par ex. : la célèbre affaire *Deloitte* : Cass. 1re civ., 30 nov. 2011, nos 11-12.905 et 11-12.906 : *Bull. civ.* 2011, I, n° 277.

[598]V. par ex. : CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 déc. 2020, n° 18/01504, *K. N. Ben Abdallah Al Mesnad* c/ *Sté d'entreprise et de gestion-Qatar WLL* ; à ce sujet V. *infra*, n° 793.

[599]CPC, art. 1452 et s.

[600]Ph. Fouchard, *Synthèse – Typologie des institutions d'arbitrage : Rev. arb.*1990, p. 281.

semble plus opérationnel qu'une « institution », le terme évoquant l'idée de stabilité, de légitimité, de longévité, le terme étant métonymique d'ailleurs puisque l'arbitrage lui-même est une institution[601]. D'autres formules sont utilisées ou associées : association, chambre, collège, comité, conseil, cour ou commission. Le recours à un centre d'arbitrage implique, pour les parties, outre l'obligation de se soumettre à son règlement d'arbitrage, celle de payer des frais, dits souvent « frais administratifs ». Malgré ce coût additionnel[602], le succès du caractère institutionnel de l'arbitrage réside dans l'efficacité que le centre d'arbitrage retenu assure à l'arbitrage par l'intervention d'un organisme permanent et expérimenté. Il fait *a priori* obstacle à une possible paralysie ou à un éventuel retard qui seraient dus à la mauvaise volonté ou à la négligence d'une partie ou d'un arbitre. De même, le règlement d'arbitrage du centre ainsi que les mesures de désignation, de récusation ou remplacement des arbitres, de fixation des délais qui en découlent ont pour effet de favoriser l'autonomie de l'arbitrage à l'égard des lois et des juges étatiques.

139. – Diversité des centres d'arbitrage. Il existe un grand nombre d'institutions, en France et dans le monde. Ces centres se distinguent en raison de leur localisation ou de leurs personnels (dominés par les juristes d'institutions plus corporatives, émanations de syndicats professionnels, *etc.*), ou encore en fonction de leur objet, car si la plupart des institutions répertoriées sont à « vocation générale » pour régler quelque litige que ce soit, certaines institutions sont spécialisées et ont une compétence d'attribution déterminée. Si une institution est délibérément choisie, c'est souvent sur la base de son expérience avec les institutions en matière de gestion de litiges comparables[603].

Comme déjà évoqué, les plus connues sont les institutions à « vocation générale » comme la CCI, la LCIA, le SIAC, le HKIAC et la SCC[604]. D'autres institutions sont spécialisées en fonction de la nature des litiges et/ou des parties, comme le CIRDI pour les arbitrages d'investissement, ou de l'activité des parties, comme par exemple la Chambre arbitrale maritime d'investissement, le Tribunal arbitral du sport (TAS) pour l'arbitrage sportif ou encore, pour les arbitrages dans le secteur agricole, en France, la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (avec ses règles dites *Incograin*) et, en Angleterre, la GAFTA ou l'ICA (respectivement pour le commerce des grains et du coton). Certaines institutions administrent des arbitrages internes, d'autres des arbitrages internationaux ; tandis que certaines institutions sont mondiales, d'autres se veulent presque exclusivement régionales, telles que la Cour commune de justice et de l'arbitrage (CCJA), ou se réclament comme telles, comme le Centre régional d'arbitrage du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), et d'autres sont purement locales. Certaines institutions enfin fournissent des services de médiation et de conciliation, voire d'expertise, c'est le cas de la CCI, du CMAP et du CIRDI, et il existe des institutions récentes qui fournissent uniquement des services en ligne. Parmi cette offre diversifiée, les parties font un choix en fonction de la réputation de

---

[601]C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 372, n° 785. – Ph. Fouchard, *Synthèse – Typologie des institutions d'arbitrage*, préc.

[602]V. Rapport CCI, *Decisions on costs, 2015 : Bull. CCI* 2015, n° 2, spéc. p. 3.

[603]V. l'enquête sur l'arbitrage international de la *Queen Mary University of London* 2018, qui confirme que le HKIAC, le SIAC, la CCI, la LCIA et le SCC restent les institutions les plus citées en termes de réputation et de reconnaissance.

[604]V. *supra*, n[os] 70 et s. ; Queen Mary University, *2018 International Arbitration Survey* (www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018, p. 13).

l'institution, de son efficacité, de son caractère neutre, de son *pool* d'arbitres ou des coûts de ses services[605]. Enfin, d'autres doivent leur raison d'être à une particularité géographique ou géopolitique, comme le Centre d'arbitrage de Jérusalem qui a pour ambition de résoudre de manière pacifique les différends dans cette région[606].

§ 1. – Le statut juridique de l'institution d'arbitrage

140. – Si le statut de l'institution n'est pas toujours reconnu de la même manière par la loi (A), la dénomination d'association fait en revanche une quasi-unanimité (B).

A. – Un statut reconnu (ou non) par la loi

141. – La distinction entre arbitrage *ad hoc* et arbitrage institutionnel repose sur le niveau de précision des dispositions procédurales appliquées pour conduire l'arbitrage. Il n'est pas rare que la loi reconnaisse le principe même du recours à l'arbitrage institutionnel[607], ou parfois même le recours à un centre en particulier[608], mais c'est le plus souvent de manière discrète ou indirecte. Les règles institutionnelles offrent des informations précieuses, de la nomination des arbitres à la consolidation des arbitrages. Ces règles sont de plus en plus nombreuses et complètes au gré des difficultés rencontrées et des grandes évolutions de la jurisprudence comparée : elles couvrent aujourd'hui la jonction, le regroupement, les dispositions relatives aux arbitres d'urgence ou les procédures accélérées. En comparaison, les dispositions procédurales dans les lois étatiques sur l'arbitrage n'offrent généralement qu'un cadre très limité, et de principe, pour administrer l'arbitrage. L'arbitrage *ad hoc* n'est cependant pas nécessairement un arbitrage « nu » : les parties peuvent convenir d'un ensemble de règles pour compléter la législation supplétive du siège. Comme déjà vu, un tribunal arbitral *ad hoc* composé d'arbitres expérimentés peut être une alternative réelle et viable à l'arbitrage institutionnel.

142. – L'arbitrage institutionnel est parfois imposé, comme en Chine où la loi sur l'arbitrage chinoise[609] ne reconnaît pas véritablement l'arbitrage *ad hoc* et où le centre CIETAC[610], qui a modifié son règlement en 2012, domine encore largement la pratique de l'arbitrage. Pourtant, la qualité d'arbitre du CIETAC est contestée : la Cour de cassation française a en effet reproché à une cour d'appel de ne pas avoir répondu aux conclusions soutenant que la sentence avait été prononcée par une institution qui n'avait pas la qualité d'arbitre[611]. Une difficulté réelle à cet égard s'est posée en Chine lorsque la clause compromissoire désignait un centre d'arbitrage non chinois ou étranger car l'institution arbitrale étrangère n'entrait pas dans le champ de la définition de l'institution d'arbitrage donnée par la loi chinoise sur l'arbitrage[612] selon laquelle

---

[605]V. Queen Mary University, *2018 International Arbitration Survey* (www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018, p. 14).
[606]N. Darwazeh, *Jerusalem Arbitration Center entre classicisme et avant-garde : JDI* 2014, spéc. p. 89.
[607]CPC, art. 1454.
[608]V. par ex., l'*Arbitration Ordinance* de Hong Kong (Cap. 609).
[609]L. n° 31, 1er sept. 1995, relative à l'arbitrage.
[610]V. *supra*, n° 72.
[611]Cass. 1re civ., 28 mars 2012, *Séribo* c/ *Sté Hainan Yangpu Xindadao Industrial Co Ltd : JurisData* n° 2012-006083 ; *Procédures* 2012, comm. 219, obs. L. Weiller.
[612]Loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine, art. 10.

l'institution arbitrale est définie par référence à son rattachement à une municipalité chinoise[613].

143. – L'arbitrage, qu'il soit institutionnel ou *ad hoc*, est parfois très encouragé, par la loi ou la jurisprudence, comme c'est le cas en France, mais freiné dans d'autres pays. Ce fut longtemps le cas en Inde, pays très consommateur d'arbitrages *ad hoc*, où un recours contre une sentence arbitrale ne pouvait être introduit que dans les cas où l'*exequatur* était refusé (et non en cas de décision positive)[614]. Cependant, depuis la réforme de l'arbitrage en Inde de 1996[615], la justice indienne ne peut plus examiner une demande d'annulation d'une sentence rendue à l'étranger et le contrôle de la justice indienne sur les sentences rendues en Inde se limite à la régularité de l'investiture du tribunal arbitral ainsi qu'au respect des droits de la défense[616].

B. – L'association, statut commun

144. – Des associations, entre autres structures. Depuis la création de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI en 1923, de nombreuses institutions se sont constituées, le plus souvent sous la forme d'associations sans but lucratif. La CCI est une fédération constituée de près de soixante comités nationaux et cultive des relations avec des entreprises et organisations professionnelles dans plus de soixante autres pays. La diversité des centres d'arbitrage se retrouve également à travers leur statut juridique. Le statut pose la question fondamentale de l'indépendance de ces institutions ; la Chambre arbitrale de Paris est une « Union de syndicats professionnels »[617], et un statut analogue est reconnu à la majorité des centres constitués, dans de nombreux pays, sous l'égide d'organisations professionnelles. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale n'a pas elle-même la personnalité morale[618], mais la CCI, dont le siège est à Paris, et qui a en France le statut d'une association étrangère, se présente elle-même comme « l'organisation mondiale des milieux d'affaires »[619]. On rencontre enfin des centres d'arbitrage qui sont de simples entreprises de service, ayant la forme d'une société commerciale[620]. Certaines institutions sont créées à l'initiative de professions juridiques, d'autres à l'initiative des techniciens ou autres

---

[613]K. Fan, *Arbitration in China : A legal and Cultural Analysis*, Bloomsbury, 2013, p. 47 ; l'affaire *Zublin International Gmbh* illustre bien cette situation : la Cour suprême chinoise a prononcé la nullité de la clause compromissoire, stipulant l'application du règlement d'arbitrage de la CCI, au regard des lois de la République populaire de Chine en estimant que la clause ne désignait pas explicitement une institution arbitrale (Cour suprême populaire, 8 juill. 2004, *Zublin International Gmbh* c/ *Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering co Ltd*, Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trials, People's Court Press, 2004, 3, p. 36-40, n^{os} 95 et s.).

[614]Cour suprême d'Inde, 7 févr. 2018, *Daily Orders Kandla Export Corporation* v. *M/S. Oci Corporation* (http://supremecourtofindia.nic.in/supremecourt/2017/33824/33824_2017_Order_07-Feb-2018.pdf : la Cour suprême indienne a récemment rappelé que l'exclusion de l'appel à l'encontre des décisions accordant l'*exequatur* s'explique par la volonté de favoriser l'exécution rapide de sentences arbitrales).

[615]Promulgation de l'*Arbitration and Conciliation Ordinance* de 1996.

[616]Loi indienne, Sect. 34.

[617]J. Petit, *Le Règlement de la Chambre arbitrale de Paris et le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage : Rev. arb.* 1981, p. 251.

[618]Distinction qui a pu poser des difficultés dans certaines juridictions. V. par ex. en Russie où la Cour suprême a considéré que la référence dans la clause à la CCI, et non à sa Cour internationale d'arbitrage ne permettait pas la reconnaissance d'une sentence rendue sur le fondement : Cour suprême, 26 sept. 2018, n° 305-ЭС18-11934, *Dredging & Maritime Management S.A.* c/ *AO Inzhtransstroy*.

[619]Règl. de la Cour d'arbitrage de la CCI, brochure n° 291, mars 1980, p. 29.

[620]En France, la Chambre arbitrale de cotons du Havre, ou la Chambre arbitrale des cafés et poivres du Havre, sont toutes deux des sociétés anonymes.

professionnels. Nombre de centres d'arbitrage sont toutefois d'origine corporative : initiative d'un syndicat professionnel ou d'une corporation au sein d'une profession ou activité économique particulière.

§ 2. – Modalités de l'intervention d'une institution arbitrale

145. – Le contrat d'organisation de l'arbitrage formalise l'intervention de l'institution (A) que les parties auront désignée (B).

A. – La désignation de l'institution par les parties

146. – Nécessité de la désignation. L'institution arbitrale est désignée par les parties dans la convention d'arbitrage ou par accord subséquent. Si parfois, dans des clauses pathologiques, la désignation de l'institution est incertaine, il a pu être donné mission à des institutions d'arbitrage désignées imprécisément[621], à la suite de l'intervention du juge d'appui. Quoi qu'il en soit, une institution ne peut être désignée d'office sans référence identifiable à celle-ci par les parties. Ainsi, le juge d'appui ne pourra donner effet à une clause compromissoire désignant une institution inexistante[622] ou lorsqu'elle désigne deux institutions sans que l'on puisse établir une hiérarchie[623]. En l'absence d'accord explicite et précis des parties, l'institution d'arbitrage, sollicitée par une seule des parties, ne peut consentir à organiser l'arbitrage sans que le tribunal arbitral alors constitué manque à son obligation de se déclarer irrégulièrement composé et incompétent. C'est la désignation des parties qui marque la conclusion du contrat d'organisation de l'arbitrage. Une procédure arbitrale administrée par une institution non désignée par les parties pourrait encourir l'annulation de la sentence rendue pour constitution irrégulière du tribunal.

B. – Formalisation de l'intervention de l'institution

147. – Contrat d'organisation de l'arbitrage. Le recours par les parties à une institution d'arbitrage pour administrer la procédure se matérialise par la conclusion d'un contrat, presque toujours implicite entre les parties et l'institution, dit « contrat d'organisation de l'arbitrage ». Ce contrat doit bien être distingué du contrat d'arbitre, et l'institution n'est chargée que de la fonction de gestion de la procédure sans exercer de fonction juridictionnelle, réservée aux arbitres[624] (V. *infra*, n° 861). Ce contrat repose sur l'offre au public de contracter de l'institution, faite par exemple en publiant son règlement d'arbitrage et en offrant ses services de résolution des litiges, offre acceptée par les parties en introduisant une convention d'arbitrage désignant ce centre

---

[621]CA Paris, 28 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2002, p. 175, obs. Th. Clay. – Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 775, note F.-X. Train. – CA Paris, 20 oct. 2020, n° 18/07943, *Flashbird* c/ *CSPI* ; V. *infra*, n° 495.

[622]TGI Paris, 8 sept. 1983 : *Rev. arb.* 1983, p. 479, note Moreau.

[623]CA Aix, 23 févr. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 479. Comp. : Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 734, obs. X. Delpech ; V. *infra*, n° 521.

[624]Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, n° 99-12.574 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay ; V. égal., à titre d'illustration, Règl. CCI (2021), art. 1(2).

et, mieux encore, en déclenchant un arbitrage selon les règles de ce centre. Comme pour tout contrat, l'acceptation doit être concordante avec l'offre et les parties ne peuvent modifier le règlement d'arbitrage à leur guise[625]. La conclusion du « contrat d'organisation de l'arbitrage » entraîne l'opposabilité du règlement d'arbitrage aux acteurs (parties, arbitres et institution elle-même) et permet à l'institution à la fois de prendre des décisions qui lui incombent mais également de s'efforcer de faire respecter les principes inhérents à son règlement, tels que l'obligation d'efficacité[626]. Ce contrat d'organisation naît selon le droit positif français au moment de la conclusion de la clause compromissoire (V. *infra*, n° 867)[627]. En conséquence, les parties devraient être liées par le règlement d'arbitrage qu'elles ont accepté, c'est-à-dire celui en vigueur au moment de la conclusion de la clause compromissoire. Les parties peuvent toutefois convenir d'appliquer le règlement en vigueur au moment de l'introduction de l'arbitrage[628].

§ 3. – Le rôle de l'institution d'arbitrage

148. – L'institution d'arbitrage est principalement responsable de l'organisation des procédures placées sous son égide (élaboration d'un règlement, tâches matérielles de secrétariat) (B). L'institution dispose cependant d'un organe décisionnel qui contrôle l'arbitrage et résout les difficultés éventuelles (fixation du siège, intervention, nomination d'arbitres, prorogation de délais, provision, *etc.*), qui peut parfois exercer à la limite d'un pouvoir juridictionnel (A).

A. – L'absence de rôle juridictionnel

149. – Malgré un rôle purement administratif[629], les prérogatives importantes des institutions mènent à l'exercice de certains pouvoirs déterminants pour la décision du tribunal. Les obligations procédurales à la charge de l'institution d'arbitrage incluent notamment de garantir que l'arbitrage se déroule conformément au règlement (vis-à-vis des arbitres et des parties), ainsi que le respect des règles du procès équitable, et plus généralement d'organiser l'instance de manière efficace, le cas échéant en palliant la défaillance des parties (par ex. dans la désignation des arbitres)[630].

---

[625]TGI Paris, 22 janv. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 571, note J.-B. Racine.

[626]V. par ex., Paris, 15 sept. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 103, note P. Lalive : la CCI doit ainsi « fournir une structure propre à permettre un arbitrage efficace, c'est-à-dire intervenant avec la célérité escomptée, élaboré conformément aux règles choisies et susceptible de recevoir exécution ».

[627]CA Paris, 22 janv. 2009 : *RTD com.* 2010, p. 20, obs. E. Loquin.

[628]Ce qui est parfois prévu dans le règlement même, V. Règl. CCI (2021), art. 6(1).

[629]V. Cass. 1re civ., 11 mars 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 240, qui précise que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI « exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres ».

[630]V. R. Gerbay, *The Functions of Arbitral Institutions*, Kluwer Law International, 2016, p. 95 et s.).

L'institution est ainsi chargée de la désignation des arbitres[631] et de statuer sur les demandes de récusation[632]. L'institution peut désigner le siège de l'arbitrage[633] et peut statuer sur la compétence, *prima facie*, en raison de l'absence d'une convention d'arbitrage[634]. L'arbitrage institutionnel repose sur un accord des parties et l'institution peut contrôler l'existence de cet accord. Ainsi la CCI examine *prima facie* l'existence d'une convention d'arbitrage qui la désigne pour déterminer s'il y a vraiment lieu d'entamer une procédure d'arbitrage alors que la clause est ambiguë s'agissant du recours ou non à l'arbitrage et notamment à l'arbitrage sous son égide. De même, l'institution peut imposer une procédure non spécifiquement prévue par les parties[635]. L'institution peut mettre fin à l'instance en cas de défaut de paiement des frais d'arbitrage[636], ce qui conduit à un risque de déni de justice. À titre d'illustration, la Cour de cassation a retenu que la cour d'appel de Paris a légalement justifié sa décision de refus d'annulation pour violation de l'ordre public international à la suite du retrait de demandes reconventionnelles à défaut de paiement de la provision à l'institution d'arbitrage[637]. Aussi, si le centre d'arbitrage considère qu'il n'y a pas de convention d'arbitrage, l'institution peut refuser d'enregistrer le dossier, ce qui conduit également à un risque de déni de justice, notamment si une partie argue que la convention d'arbitrage est valable : il n'y aura alors aucun recours, arbitral ou judiciaire, possible. La jurisprudence a cependant récemment jugé qu'en désignant une institution chargée d'administrer l'arbitrage, les parties renoncent, sauf carence de l'institution ou déni de justice, à demander au juge de s'y substituer[638]. L'institution est également compétente pour imposer des procédures d'urgence ou accélérées[639] et peut contrôler le délai de l'arbitrage[640], l'institution étant garante de l'obligation de célérité[641].

L'institution peut également approuver des sentences. La jurisprudence considère toutefois que la revue d'un projet de sentence ne relève pas d'une fonction

---

[631]Règl. CCI (2021), art. 12 ; Règl. LCIA (2020), art. 5 ; Règl. SIAC (2016), art. 9 ; ce qui n'est pas sans causer des difficultés quant au respect des droits fondamentaux, V. S. Grimmer, *Three Scenarios That Raise Due Process Issues*, *in* A. Menaker (éd.), *International Arbitration and the Rule of Law : Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series n° 19, 2017, p. 142-170.

[632]Règl. CCI (2021), art. 14 ; Règl. LCIA (2020), art. 10 ; Règl. SIAC (2016), art. 14 ; Règl. HKIAC (2018), art. 11 ; Règl. AAA (2013), art. R-18.

[633]Règl. CCI (2021), art. 18 ; Règl. LCIA (2020), art. 16 ; Règl. SIAC (2016), art. 21 ; Règl. HKIAC (2018), art. 14.

[634]Règl. CCI (2021), art. 6(4) ; Conv. Washington (1966), art. 36(3).

[635]V. par ex., la procédure accélérée de la CCI en vigueur depuis le 1er mars 2010, Règl. CCI (2021), art. 30. Une telle procédure peut apparaître problématique dès lors qu'elle semble incompatible avec la clause compromissoire ou remettre en cause le consentement des parties, V. M. Flores, *Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules : Does the ICC's Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties' Rights ? : Kluwer Arbitration Blog* 13 janv. 2019. Ainsi une juridiction chinoise a pu annuler une sentence rendue sous le régime de la nouvelle procédure accélérée du SIAC (imposant un seul arbitre) alors que la clause prévoyait spécifiquement le recours à trois arbitres, V. D. Thomson, *Shanghai court refuses to enforce SIAC sole arbitrator's award : GAR* 30 août 2017. En ce qui concerne la procédure accélérée de la CCI, les procédures entamées dans ce cadre se sont pour l'heure toutes déroulées de manière consensuelle, V. *First expedited ICC cases are under way : GAR* 7 sept. 2017 ; V. égal. G. Walters et E. Valentine, *UNCITRAL Working Group II : Does Expedited Equal Efficient ? : Kluwer Arbitration Blog* 18 sept. 2020.

[636]Règl. CCI (2021), art. 37 ; Règl. AAA (2013), art. R-57(f) ; Règl. ICDR (2014), art. 36(3) ; Règl. LCIA (2020), art. 24.6 ; Règl. SIAC (2016), art. 34.6.

[637]V. en ce sens : Cass. 1re civ., 17 oct. 2018, n° 17-21.411, *Youstina Moda* c/ *Marex* ; V. à ce sujet, *infra*, n° 1338.

[638]CA Paris, 13 nov. 2018, nos 16/25942 et 17/01561, *Héli Union* c/ *Chambre de commerce internationale (CCI) et Airbus Helicopters : D.* 2018, 2457, obs. Clay.

[639]V. par ex. la procédure accélérée de la CCI en vigueur depuis le 1er mars 2010, Règl. CCI (2021), art. 30.

[640]Règl. CCI (2021), art. 31 ; Règl. SCC (2017), art. 43 ; Règl. LCIA (2020), art. 22.5.

[641]Cass. 1re civ., 17 nov. 2010 : *Rev. arb.* 2011, note Ch. Jarrosson.

juridictionnelle mais simplement d'un rôle d'organisation de l'arbitrage, dont le but est simplement d'assurer l'efficacité de la sentence rendue[642]. Le centre doit s'assurer que la sentence rendue est conforme aux principes établis par le règlement et peut, à ce titre, exercer des pouvoirs d'examen importants[643]. Il doit également veiller au maintien des garanties fondamentales du procès et d'une procédure équitable[644].

Le poids des règlements dans l'arbitrage, et donc des centres qui administrent l'arbitrage, peut entraîner une certaine judiciarisation de la procédure en substituant à la liberté des parties une certaine emprise institutionnelle et réglementaire[645]. La sédimentation de certaines pratiques procédurales allant à l'encontre de la flexibilité. Si, sur certains aspects, les institutions arbitrales peuvent être vues comme disposant d'un pouvoir « quasi juridictionnel », la domination institutionnelle est toutefois à tempérer : il ne faut pas occulter que le pouvoir des centres d'arbitrage résulte en premier lieu de la volonté des parties. De plus, c'est en principe bien pour encadrer le litige lorsqu'elles n'arrivent pas à s'accorder que les parties se réfèrent à un centre d'arbitrage : ce rôle de référent procédural neutre, aux côtés de l'arbitre, n'est donc pas à négliger dans une logique d'efficacité et de bonne administration de la justice elle-même qui doit être rendue.

B. – La mission administrative de l'institution d'arbitrage

150. – Le droit français prévoit que l'institution d'arbitrage exerce les mêmes fonctions que le juge d'appui, et consacre donc son rôle d'organisateur[646]. Cela se matérialise notamment dans la gestion de la procédure et dans l'élaboration d'un règlement d'arbitrage. Cependant, l'institution ne dispose pas d'un pouvoir juridictionnel mais seulement d'un pouvoir d'administration ou d'organisation de l'arbitrage. La jurisprudence rappelle son rôle exclusivement administratif[647].

151. – L'encadrement de la procédure. L'institution doit veiller à ce qu'un cadre institutionnel pratique, logistique, financier et temporel soit assuré au bénéfice des parties et du tribunal, en application de son rôle d'administrateur et en vertu du contrat d'organisation de l'arbitrage. L'institution est en charge de l'interface électronique et logistique et elle offre éventuellement des locaux. Étant chargée de gérer les questions financières (frais d'arbitrage, honoraires des arbitres, *etc.*), elle gère les fonds. L'institution dispose d'un séquestre financier qui prend des décisions notamment en matière d'avances et de frais.

---

[642]Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, n° 99-12.574 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay.

[643]V. Règl. CCI (2021), art. 34 ; Règl. SIAC (2016), art. 27.

[644]Sur l'exigence de respect par l'institution des droits fondamentaux, notamment des droits de la défense, dans le cadre d'une procédure de récusation, V. Cass. 2e civ., 31 mars 1978 : *Bull. civ.* 1978, II, n° 90, p. 71 ; sur l'obligation de garantir aux parties un procès équitable, V. TGI Paris, 28 janv. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 371, note Ph. Fouchard ; sur le droit d'accès à la justice arbitrale, V. CA Paris, 17 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 267, note F.-X. Train. – Cass. 1re civ., 20 févr. 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay. – Cass. 1re civ., 7 janv. 1992, nos 89-18.708 et 89-18.726, *Dutco*.

[645]Ph. Fouchard, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique : Rev. arb.* 1987, p. 225 et s. ; V. aussi E. Silva Romero, *Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : Rev. arb.* 2005, p. 421 et s.

[646]V. CPC, art. 1452 et s.

[647]Cass. 1re civ., 11 mars 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 240, qui précise que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI « exerce seulement des fonctions d'organisation de l'arbitrage, n'a aucun pouvoir juridictionnel et n'intervient pas dans la mission juridictionnelle des arbitres ».

L'institution d'arbitrage est chargée de faire l'interface entre les parties et le tribunal arbitral et d'enregistrer les notifications des échanges. À ce titre, l'institution d'arbitrage est chargée de s'assurer que la procédure arbitrale peut procéder. Cela passe par exemple par la gestion de l'introduction de l'instance, par l'assistance à la désignation des arbitres et la garantie d'une constitution effective du tribunal. À défaut de désignation d'un arbitre, l'institution permet d'éviter de longs contentieux pré-arbitraux *via* la faculté de se substituer à un défaut de désignation. Enfin, l'institution vérifie également la mission du tribunal, par exemple en validant l'acte de mission. En raison de la caractérisation des décisions des institutions en tant qu'actes d'administration de l'arbitrage, celles-ci ne peuvent faire l'objet de recours[648] et les principes directeurs du procès ne s'y appliquent pas[649].

152. – L'élaboration et l'exécution d'un règlement d'arbitrage. Les institutions arbitrales jouent également un rôle normatif. Elles se caractérisent souvent par l'élaboration d'un règlement d'arbitrage[650], à distinguer du contrat d'organisation de l'arbitrage, un des éléments de l'offre d'arbitrage. Lorsque la convention des parties fait référence à un règlement d'arbitrage, les parties nomment en fait, indirectement, une institution pour encadrer voire organiser l'instance arbitrale. En désignant un centre d'arbitrage, les parties concluent ce qui est défini comme un « contrat d'organisation de l'arbitrage »[651], le contrat de service par lequel l'institution prend en charge l'organisation de l'arbitrage[652]. En effet, en acceptant l'offre de contrat de l'institution, les parties conviennent bien souvent de contractualiser le règlement, qui s'impose donc aux parties. Les parties sont ainsi tenues par les dispositions du règlement qui emporte adhésion à un certain nombre d'obligations, qu'elles ne peuvent modifier unilatéralement et auquel elles ne peuvent déroger[653].

Si les règlements octroient généralement à l'institution qui les a édictés le pouvoir exclusif de les appliquer, les règles institutionnelles ne sont pas toutes uniquement privées : elles rayonnent parfois bien au-delà des centres d'arbitrage et des « régions » (par ex., les règles institutionnelles de la CCI)[654]. En effet, certains règlements sont prévus pour des arbitrages *ad hoc*, tels que le règlement CNUDCI ou, en France, le règlement d'arbitrage de Paris. À l'inverse, certains centres acceptent d'administrer des arbitrages se déroulant sous des règlements *ad hoc*, comme par exemple le HKIAC qui prévoit des procédures spécifiques pour l'administration d'arbitrages se déroulant en vertu du règlement CNUDCI, ainsi que d'arbitrages se déroulant selon son propre règlement.

Le règlement d'arbitrage s'impose également à l'institution et toute violation dudit règlement devrait entraîner sa responsabilité contractuelle. Enfin, la violation des dispositions du règlement par les arbitres pourrait entraîner la nullité de la sentence[655].

---

[648]CA Paris, 15 janv. 1985 : *Rev. arb.* 1985, p. 141.

[649]Cass. 1re civ., 7 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 479.

[650]Mais pas toujours, certaines institutions acceptant d'administrer des arbitrages sous des règlements autres, comme par exemple la Cour permanente d'arbitrage (PCA) de La Haye.

[651]Ou « convention » ; V. en premier lieu : Ph. Fouchard, note ss CA Paris, 18 nov.1987 ; 4 mai 1988 ; TGI Paris, 23 juin 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 657 et s.

[652]Ch. Jarrosson, *Le statut juridique de l'arbitrage administré : Rev. arb.* 2016, p. 445, spéc. p. 448.

[653]Cass. 2e civ., 10 juill. 1958 : *Rev. arb.* 1959, p. 48.

[654]D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris 2, ss dir. Y. Loussouarn, 1992.

[655]V. *infra*, n° 1574.

L'institution doit s'assurer que la sentence rendue est conforme aux principes établis par le règlement et peut, à ce titre, exercer des pouvoirs d'examen importants[656].

§ 4. – La responsabilité des institutions arbitrales

153. – Les causes d'engagement de responsabilité des institutions arbitrales sont multiples (B) et elles relèvent de la compétence des juges étatiques (A).

A. – Compétence des juges étatiques pour statuer sur la responsabilité des institutions arbitrales

154. – Le juge de droit commun est compétent pour sanctionner la mauvaise exécution par l'institution d'arbitrage du contrat d'organisation de l'arbitrage[657]. La Cour de cassation contrôle l'impartialité et l'indépendance d'un centre d'arbitrage[658]. Elle a par exemple eu l'occasion de juger que le contrat d'organisation de l'arbitrage est licite au regard des exigences de l'ordre public international dès lors que, conclu avec un centre d'arbitrage, il maintient la distinction entre la fonction d'organisation de l'arbitrage, confiée au centre, et la fonction juridictionnelle, laissée aux seuls arbitres, dont l'indépendance et l'impartialité relèvent du contrôle du juge de la régularité de la sentence, le centre ne pouvant contracter, quant à la garantie de ces qualités essentielles des arbitres, qu'une obligation de moyens éventuellement sanctionnée par sa responsabilité.

B. – Les causes d'engagement de responsabilité

155. – L'institution arbitrale voit sa responsabilité engagée en cas de manquements dans l'exécution du contrat d'organisation d'arbitrage, qui lui impose d'accomplir les actes de gestion de l'instance arbitrale sans s'immiscer dans la fonction de juger[659]. La responsabilité de l'institution peut être engagée lorsqu'elle refuse d'organiser l'arbitrage, en ayant constaté l'absence de clause compromissoire[660]. Engage également sa responsabilité le centre d'arbitrage qui manque d'assurer la régularité des échanges contradictoires entre les parties et l'arbitre, comme lui impose son règlement[661]. En droit français, la limitation de responsabilité autrefois imposée dans certains règlements (par ex. le règlement CCI) a été jugée comme non écrite[662]. Le règlement CCI, dans sa version de 2017, ne prévoit une telle limitation que dans la mesure où elle est légalement valable.

---

[656]V. Règl. CCI (2021), art. 34 ; Règl. SIAC (2016), art. 22.

[657]Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, *Sté Projet Pilote Garoubé* c/ *CCI : D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2018, p. 370, note V. Chantebout. Adde : E. Jolivet : « La responsabilité des centres d'arbitrage et leur assurance », RGDA 2012, p. 216 ; R. Dupuyré : « Les arbitres et centres d'arbitrage face à leur responsabilité : évolutions récentes d'un contentieux grandissant », Rapport CEFAREA, 2013, p. 37 ; S. Elatafy, *La responsabilité des centres d'arbitrage*, th. ss la direction de C. Nourissat, Lyon 3, 2016.

[658]Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, *Cubic Defense Systems* c/ *CCI : D.* 2001, p. 903, obs. C. Seraglini.

[659]Cass. 1re civ., 21 févr. 2001, n° 99-12.574. – CA Paris, 22 janv. 2009, n° 07/19492 : *JDI* 2009, note Th. Clay. – TGI Paris, 10 oct. 2007 : *D.* 2007, 2916, note Th. Clay.

[660]TGI Paris, 8 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1987, p. 367.

[661]Paris, 19 févr. 2019, n° 17/16113, *M. L. et EURL L.* c/ *M. M. et Conseil régional de l'ordre des experts-comptables Paris Île-de-France : Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 25, note D. Bensaude.

[662]CA Paris, 2 janv. 2009 : *JDI* 2009, p. 617, note Th. Clay.

Généralement, l'annulation d'une sentence peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité de son auteur. Le préjudice qui sera invoqué lors de l'action en responsabilité dirigée contre l'arbitre ou l'institution aura le plus souvent comme origine l'annulation de la sentence (des frais de défense et d'arbitrage ont été engagés inutilement, que ce soit durant la procédure arbitrale ou le contentieux de l'annulation. Par ailleurs, l'annulation de la sentence a pour effet de replacer les parties dans la situation antérieure, c'est-à-dire celle d'un litige non résolu). Cependant, l'annulation de la sentence n'est pas toujours à l'origine de l'action en responsabilité de l'arbitre[663].

La responsabilité d'un centre d'arbitrage, pas plus que celle de l'arbitre, ne peut être recherchée en fonction du contenu d'une sentence arbitrale. C'est uniquement les circonstances dans lesquelles la sentence a été rendue qui peuvent justifier la mise en jeu d'une action en responsabilité civile, et non la sentence en elle-même. Les juges ont rappelé à l'occasion d'un jugement rendu en 2007 que la violation de l'ordre public entre dans le champ du recours en annulation contre la sentence, et non pas dans celui d'une action en responsabilité contre le tribunal arbitral, et encore moins contre le centre d'arbitrage[664].

---

[663]CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/00136 : *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 24, note D. Bensaude.

[664]TGI Paris, 10 oct. 2007, *SNF* c/ *Cytec* : La société faisait trois reproches à la Chambre de commerce internationale : manquement à son propre règlement, durée et coûts excessifs de la procédure et non-respect des règles d'ordre public du droit européen de la concurrence, notamment celle de l'abus de position dominante.

Arbitrage commercial et arbitrage d'investissement

156. – Arbitrage « commercial » ? L'arbitrage commercial est défini comme un arbitrage opposant des parties à propos d'un litige à caractère économique[665]. Il a pour objet un litige contractuel ou rattaché à un contrat, la question étant envisagée largement, par exemple aux litiges statutaires entre associés, et se fonde sur la présence d'une clause compromissoire dans un contrat ou sur un compromis, rare, au moment où survient le litige. L'expression anglophone usuelle de *contract claim* renvoie à cette logique. À bien des égards, l'adjectif « commercial » est inexact. La formule est utilisée par habitude, parce que, au départ, ce sont des arbitrages internationaux, commerciaux, qui ont permis l'émergence puis le développement de l'institution arbitrale moderne, par exemple en France lorsque la clause compromissoire a été validée dans des arbitrages internationaux parce que *commerciaux*. Il faudrait aujourd'hui élargir la formule à des arbitrages « économiques », voire à tout arbitrage, même non commercial ou ne portant pas sur un objet économique, les conséquences d'un divorce ou d'une succession par exemple, tant l'objet des litiges arbitrables assimilés à la procédure applicables aux arbitrages commerciaux s'est élargi. L'arbitrage commercial, l'expression demeurant, se présente alors, par opposition : l'arbitrage commercial est un arbitrage qui n'est pas d'investissement, même si aujourd'hui la frontière peut être ténue[666].

157. – Spécificité de l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage d'investissement se présente en effet de manière très spécifique : il oppose un État souverain et un investisseur étranger, personne privée, et implique des litiges dont l'objet est limité au traitement des investissements et de cet investisseur dans et par ledit État[667]. La particularité de l'arbitrage d'investissement, par comparaison avec l'arbitrage commercial impliquant un État, tient à la nature du litige et au droit applicable : il traite de violations alléguées de standards de protection des investissements étrangers qui trouvent leur source dans le droit international économique[668], le plus souvent dans un traité bilatéral d'investissement (TBI). Les problématiques spécifiques soulevées par l'arbitrage d'investissement en font une matière proche procéduralement mais substantiellement éloignée de l'arbitrage commercial, notamment international. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage d'investissement ne sera pas traité en tant que tel dans

---

[665]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, § 59.

[666]V. en droit suisse L. Hirsch, *Odd Arbitration Clause, Reflecting Disagreement, Held to Be Inexistent. Note on the Judgment of the Swiss Federal Supreme Court of 18 May 2020*, *Bull. ASA* 2020, p. 675.

[667]V. généralement sur l'arbitrage d'investissement, Ch. Leben (éd.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage*, Pedone, 2015, Chap. 3, p. 135 et s. – R. Dolzer et Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.

[668]Ainsi ces standards sont fixés généralement dans des traités, tandis que l'arbitrage commercial international s'appuie fondamentalement sur des contrats, pouvant même impliquer des États.

cet ouvrage, mais seulement ponctuellement pour mettre en évidence des points procéduraux communs à ceux de l'arbitrage commercial. Son étude courte et synthétique ne se justifie ici que par le fait qu'il pénètre désormais doucement mais sûrement dans le droit positif français.

158. – L'arbitrage d'investissement, phénomène relativement récent. Si les États opèrent en droit interne un contrôle traditionnel des investissements étrangers, les soumettant par exemple à des autorisations préalables[669], les conflits internationaux qui y sont relatifs étaient initialement réglés par la coutume internationale et les principes de droit international public[670]. Cette procédure étant insatisfaisante pour les nationaux, investisseurs personnes privées, des protections spécifiques, et une procédure de résolution des différends, ont commencé à être mises en place dans la seconde moitié du XX^e^ siècle[671]. Il s'agit de régler les différends qui pourraient surgir à l'occasion des relations nouées entre une personne privée, un « investisseur », et un État, sous la forme d'une clause compromissoire, soit qu'elle s'intègre dans une convention conclue entre un investisseur et un État, soit dans un TBI ou dans un autre type de traité, lesquels ont proliféré à compter des années 1990 notamment pour assurer des conditions privilégiées aux investisseurs, essentiellement en termes de garantie de stabilité d'une réglementation désignée, fiscale, sociale ou autre, et dont la modification peut alors être l'origine d'un litige. C'est donc un mécanisme original, à la frontière des intérêts privés d'un investisseur dans un État, et des intérêts publics d'un État, réglé par des arbitres, des juges privés donc, pour trancher des litiges qui selon les cas participent de la protection de la propriété privée ou s'immiscent dans des questions de légalité, internationale ou interne.

Il existe à ce jour près de 2 400 TBI ratifiés dans le monde, auxquels il convient d'ajouter plus de trois cents traités divers (notamment des traités de libre-échange) contenant des dispositions relatives à la protection des investissements[672]. La France est, elle, partie à cent un TBI et soixante-dix traités contenant des dispositions relatives à la protection des investissements[673]. La généralisation des TBI n'a toutefois pas suffi au développement des arbitrages.

La conclusion d'un traité international, la Convention de Washington du 18 mars 1965 (Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États) qui crée le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), basé dans la capitale américaine et rattaché à la Banque mondiale y a pourvu. La Convention de Washington a créé un régime spécifique et autonome pour la résolution des différends entre investisseurs et États, ainsi qu'une institution chargée d'administrer ces litiges[674]. Cette relation entre

---

[669]Les articles L. 151-2 et suivants du Code monétaire et financier, qui résultent plus récemment de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, prévoient que les investissements étrangers dans certains secteurs sont soumis à autorisation administrative préalable.

[670]Ainsi, le concept de protection diplomatique constituait initialement la voie privilégiée de résolution des conflits et consistait pour l'État de la victime à poursuivre lui-même une action à l'encontre de l'État ayant commis une faute à l'encontre de cette personne, V. C. Kovacs, *Attribution in International Investment Law*, Kluwer International Law, 2018, p. 4.

[671]On peut ainsi citer l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL)* c/ *Sri Lanka*, Arb. CIRDI n° ARB/87/3 qui, si elle n'est pas le premier arbitrage d'investissement, est le premier arbitrage « moderne », dans lequel un tribunal a fondé sa compétence sur un traité bilatéral d'investissement.

[672]V. CNUDCI, *Investment Policy Hub*, https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA

[673]V. CNUDCI, *Investment Policy Hub*, https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA/CountryBits/72#iiaInnerMenu)

[674]C. Baltag, *The ICSID Convention : A Successful Story – The Origins and History of the ICSID*, *in* C. Baltag (éd.), *ICSID*

arbitrage et investissements, le premier permettant une protection effective du second[675], est à l'origine de la Convention de Washington et de la création du CIRDI[676]. Le CIRDI est aujourd'hui l'institution principale pour ces litiges. Au 31 décembre 2021, il avait enregistré un total de huit cent trois affaires depuis sa création[677], la première ayant été introduite en 1972[678], alors que l'ensemble des arbitrages d'investissement (CIRDI ou autres) totalisaient plus de mille affaires (jusqu'au 1er janvier 2020)[679]. Signe à la fois de son succès et des critiques dont il fait parfois l'objet, son règlement est en cours de profonde révision[680].

159. – Conditions préalables pour bénéficier de la protection des traités. L'une des conditions premières pour envisager un arbitrage d'investissement est l'existence d'un traité de protection des investissements conclus entre deux États, au moins, et qui a pour objet de prévoir des protections spécifiques pour les investissements étrangers dans les États signataires, les conditions pour bénéficier de ces protections, et des mécanismes de résolution des conflits pouvant être actionnés directement par les investisseurs contre ces États. La protection d'un traité n'est toutefois accordée qu'à un ressortissant, personne morale ou physique d'un des deux États contractants, et naturellement autre que celui avec lequel le différend est né[681]. La personne protégée doit également avoir réalisé un investissement dans l'État hôte, protégé par le droit international. L'existence substantielle d'un investissement protégé est donc paradoxalement l'élément déterminant de la compétence *ratione materiae* et conditionne la compétence *ratione personae* d'un tribunal arbitral[682]. Les définitions spécifiques d'un investissement protégé dépendent naturellement des traités, avec une tendance à encadrer plus strictement la notion d'investissement[683] et à intégrer des notions de développement durable, de protection de l'environnement dans l'interprétation des standards de protection[684]. En outre, la jurisprudence considère généralement qu'un investissement est caractérisé par une contribution à la transaction,

---

Convention after 50 Years : Unsettled Issues, Kluwer Law International, 2016, p. 1-24.

[675]On peut ainsi citer l'affaire *ATA Construction, Industrial and Trading Company* c/ *Jordanie*, Arb. CIRDI n° ARB/08/2, Sent. 18 mai 2010, qui a considéré que le recours à l'arbitrage était une garantie indissociable de l'investissement ou encore la sentence *Saipem SpA* c/ *Bangladesh*, Arb. CIRDI n° ARB/05/07, Sent. 30 juin 2009, qui assimile une violation de la Convention de New York à une violation d'un traité de protection des investissements ; V. aussi sur ce sujet, W. W. Park, *Convention Violation and Investment Claims : Arb. Int.* 2013, vol. 29, n° 2, p. 175-186.

[676]V. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États – Trente années d'activité du CIRDI*, LexisNexis, 2004, § 8 et s.

[677]CIRDI, *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2021-1)*, 2021, p. 8. 2020 représente une année record pour le CIRDI, qui n'avait jamais enregistré autant d'affaires (cinquante-huit).

[678]*Holiday Inns* c/ *Maroc*, Arb. CIRDI n° ARB/72/1 (en réalité sur la base d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de concession et non dans un traité d'investissement).

[679]CNUDCI, *Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark : Cases and Outcomes in 2019*, IIA Issues Note, juill. 2020, n° 2.

[680]V. *Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI*, document de travail n° 3, vol. 2, août.

[681]*Cf.* Conv. Washington, art. 25.

[682]V., pour une revue des problématiques entourant la notion d'investissement, N. Rubins, *The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration*, *in* N. Horn et S. Kroll (éd.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes : Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, p. 283-324 ; V. aussi J. El Ahdab, *La compétence personnelle*, *in* W. Ben Hamida, A. Ngwanza et J.-B. Harelimana, *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI – Regards rétrospectifs et prospectifs*, LGDJ, 2019, p. 109 et s.

[683]V. par ex., Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam, 30 juin 2019, art. 1.2(h).

[684]V. par ex., le chapitre 14, annexe 14-B de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique du 30 septembre 2018 (USMCA), qui remplace l'Accord de libre-échange nord-américain, qui prend en compte les questions de politique publique dans la définition d'une expropriation.

une certaine durée, une participation aux risques et une contribution au développement de l'État[685].

160. – Protection accordée aux investissements en droit international public. L'arbitrage d'investissement porte essentiellement sur la violation de standards de traitement des investissements et des investisseurs[686]. Cette protection est souvent conditionnée à la réalisation d'un investissement licite, par exemple conforme au droit local et non entaché d'actes illégaux[687]. Il convient de citer, parmi ceux-ci[688] : le droit pour l'investisseur à un traitement juste et équitable[689] qui protège par exemple l'investisseur contre des mesures discriminatoires ou arbitraires. Certains traités contiennent des clauses de respect des engagements, dites *umbrella clauses*, qui assimilent la violation d'un engagement contractuel avec l'investisseur à une violation du traité. L'investisseur dispose parfois d'une protection et d'une sécurité pleine et entière contre des situations de troubles sociaux, de guerre civile, *etc.*[690] On a même parfois évoqué la garantie contre l'insécurité juridique. Enfin, on peut citer le standard de protection contre les expropriations illicites, c'est-à-dire discriminatoires, illégales et/ou sans juste compensation, qui constitue le noyau historique de la protection des investissements[691].

161. – Distinction entre arbitrage d'investissement et arbitrage commercial. La principale distinction première est celle du droit applicable : l'arbitrage commercial repose sur la loi des contrats et les règles de droit privé, étatiques ou non, tandis que l'arbitrage d'investissement fait principalement application de règles standards de droit international public. L'arbitrage d'investissement est également caractérisé, pour une large part, par un régime encore plus autonome[692] que celui de l'arbitrage commercial. En effet, la Convention de Washington a institué une procédure indépendante des procédures arbitrales classiques, avec un centre d'arbitrage dédié et un régime post-arbitral spécifique. Ainsi, les recours en annulation sont examinés en interne, par des comités *ad hoc* désignés et sur des fondements indépendants de ceux établis par la

---

[685] *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA* c/ *Royaume du Maroc*, Arb. CIRDI n° ARB/00/4, Sentence sur la compétence, 23 juill. 2001 ; V. aussi, plus récemment, *Sté Civile Immobilière de Gaëta* c/ *Guinée*, Arb. CIRDI n° ARB/12/36, sent. 21 déc. 2015.

[686] Sur cette question, V. S. Lemaire, *« Treaty claims » et « Contract claims » et la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État : Rev. arb.* 2006, p. 353 et s.

[687] À ce titre, des États hôtes ont pu avoir recours à une défense fondée sur la corruption de l'investisseur, V. par ex. *World Duty Free Company* c/ *Kenya*, Arb. CIRDI n° ARB/00/7, Sent. 4 oct. 2006. La jurisprudence française est également vigilante sur ce point et a pu annuler des sentences pour violation de l'ordre public, V. CA Paris, 21 févr. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 915, note S. Bollée et M. Audit.

[688] Pour des développements précis concernant les standards de protection, V. A. Newcombe et L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009.

[689] Pour des développements précis concernant ce standard, V. A. Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection*, Kluwer Law International, 2012.

[690] V. par ex., Traité sur la Charte de l'énergie (« TCE »), art. 10.

[691] Ce standard protège contre des dépossessions pures et simples, V. Aff. CIRDI n° ARB(AF)/12/5, *Rusoro Mining Ltd* c/ *Venezuela*, Sent. 22 août 2016 ; ou contre des expropriations indirectes, par exemple *via* l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État, V. J. Paulsson et Z. Douglas, *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *in* N. Horn et S. Kroll (éd.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes : Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, p. 145-158.

[692] À ce titre, le fondement d'un arbitrage commercial et celui d'un arbitrage d'investissement sont profondément distincts, et une clause provenant d'un traité ne peut être valable dans le cadre d'un litige commercial. V. not. : Trib. féd. Suisse, 1re ch. civ., 18 mai 2020, 4A_418/2019, *A.A. & Construction Corporation* v. *Bank D : Bull. ASA* 2020, p. 675, note L. Hirsh. De plus, le régime procédural de l'arbitrage commercial est parfois distinct de celui applicable aux arbitrages d'investissement, V. Paris, 23 mars 2021, n° 18/05756.

Convention de New York[693]. Concernant l'exécution, la Convention de Washington prévoit une reconnaissance et une exécution automatiques, sans *exequatur*, dans l'État hôte mais également dans tout État membre de la Convention de Washington[694]. Ce régime autonome reste toutefois limité aux arbitrages administrés en vertu de la Convention de Washington. D'autres mécanismes ou procédures existent toutefois, pour lesquels le régime se rapproche du régime de l'arbitrage commercial. On peut ainsi citer le « Mécanisme supplémentaire du CIRDI » qui s'applique aux différends administrés par le CIRDI mais n'entrant pas dans le champ de compétence de la Convention de Washington[695]. De tels arbitrages peuvent aussi être administrés par des centres « commerciaux », comme la CCI ou la SCC[696]. Enfin, le règlement CNUDCI est souvent utilisé pour des arbitrages d'investissement *ad hoc* et la Cour permanente d'arbitrage (« CPA ») administre également de tels litiges[697]. Les sentences qui en sont issues sont alors le plus souvent soumises au régime de la Convention de New York de 1958. Cette frontière, parfois poreuse entre arbitrage commercial et d'investissement, a aussi parfois conduit certains à s'interroger sur l'unité de l'arbitrage international, au-delà des instruments sous-jacents[698] et parfois même à ce que les critiques fortes opposées aux seconds contaminaient les premiers.

162. – L'assimilation de l'arbitrage d'investissement par le juge français. L'arbitrage d'investissement, procédure particulière encore plus détachée des lois étatiques du siège que l'arbitrage commercial, ne devrait poser *a priori* que peu de difficultés au regard du droit de l'arbitrage français. On observe toutefois une recrudescence récente du recours au juge français, notamment lorsque la clause compromissoire insérée dans le traité prévoit un arbitrage *ad hoc*, ce qui conduit la jurisprudence française à contribuer au développement de notions spécifiques à ce type d'arbitrage[699]. Le juge français contrôle en effet la compétence des tribunaux arbitraux, parfois de manière étendue, ce qui peut parfois donner l'impression qu'il envisage le fond du litige[700]. Le juge français examine ainsi des délais de prescription contenus dans des TBI sous l'angle de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, aboutissant parfois à une remise en cause de l'indemnisation accordée par la sentence attaquée[701]. Les tribunaux français en viennent même parfois à examiner la compétence

---

[693]Conv. Washington, art. 52.

[694]Conv. Washington, art. 53 et 54. – B. Dermikol, *Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration : ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2015, vol. 30, p. 56 et s.

[695]V. Règl. du Mécanisme supplémentaire du CIRDI de 2006.

[696]J. El Ahdab, *Les institutions arbitrales alternatives au CIRDI et les arbitrages d'investissement*, *in* F. Horchani, *CIRDI – 45 ans après – Bilan d'un système*, Pedone, 2015, p. 177.

[697]V. le règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un État.

[698]V. par ex., B. Hanotiau, *Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration : Are They Different Ball Games ? The Legal Regime/Framework*, *in* A. J. Van den Berg, *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, Kluwer Law International, 2009, p. 146-150.

[699]V. à ce sujet L. Gouiffès et L. Chatelain, *L'annulation en France des sentences arbitrales rendues sur le fondement de traités d'investissement : Rev. arb.* 2017, p. 839 et s.

[700]Ainsi, dans une décision récente, la cour d'appel de Paris, en se prononçant sur une question de compétence, a considéré qu'une clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquait qu'aux droits substantiels et non à une *umbrella clause* (CA Paris, 25 juin 2019, n° 17/06430).

[701]CA Paris, 29 janv. 2019, *Venezuela* c/ *Rusoro Mining Ltd : Rev. arb.* 2019, p. 250, note M. Audit ; *JDI* 2020, n° 1, p. 4, comm. H. Ascensio. Dans cet arrêt, la cour, pour déclarer le tribunal arbitral incompétent sur la question de l'évaluation de l'expropriation, a jugé que ladite évaluation était, au moins partiellement, fondée sur des références hors du champ de compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral.

ratione personae des tribunaux arbitraux, en appliquant sa notion autonome d'émanation d'État pour déterminer la nationalité de l'investisseur[702], en adoptant le principe de nationalité effective, c'est-à-dire celui de la nationalité du lieu d'incorporation de l'investisseur[703], ou en admettant la compétence du tribunal arbitral pour les binationaux[704]. Le contrôle du juge français ne se limite cependant pas simplement à la compétence et il vérifie également la conformité du tribunal arbitral à sa mission[705] ou à l'ordre public international[706], et tient compte de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne dans son examen[707].

163. – Adaptations des règles relatives à l'arbitrage d'investissement ? Le droit d'agir directement reconnu aux investisseurs étrangers à l'encontre d'États hôtes devant des tribunaux arbitraux indépendants est toujours un élément central dans les traités de protection des investissements et permet la prise en compte effective et efficace des violations du droit international par les États, en s'assurant que les engagements pris par eux sont respectés. À ce titre, la sortie des États de ce régime arbitral peut être relativisée car des TBI continuent d'être signés à un rythme soutenu[708]. Par ailleurs, les statistiques continuent de montrer que les États sont loin d'être systématiquement condamnés par les tribunaux arbitraux[709].

164. – Évolutions et réponses aux critiques. Pour autant, certaines évolutions tendent à rendre l'arbitrage d'investissement plus ouvert et inclusif, de manière à répondre aux nombreuses critiques[710]. Le CIRDI en a bien pris la mesure dans sa révision actuelle de son règlement d'arbitrage qui vise notamment à introduire plus de célérité dans la procédure, à injecter plus de légitimité dans le choix des arbitres, à encadrer le recours au financement par des tiers, à renforcer les obligations de déclarations des arbitres et à introduire plus de transparence[711]. C'est également le cas du « Groupe de travail III » de la CNUDCI, dont les débats s'intéressent à la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, notamment en envisageant une procédure d'appel, la possibilité de mettre en place un tribunal multilatéral international spécifique et en revoyant les méthodes de désignation des arbitres. De manière générale, afin d'assurer une prise en compte de l'intérêt général dans certains litiges qui traitent de politiques publiques, des mécanismes d'*amici curiae* ont été mis en place permettant à des entités intéressées, par exemple la société civile, d'émettre des avis sur les débats[712]. Là encore, ce mouvement tend à une plus grande transparence de la procédure : les mémoires et les documents soumis deviennent de plus en plus publics[713],

---

[702]CA Paris, 29 nov. 2016, *Ukraine* c/ *Pao Tatneft : Rev. arb.* 2017, p. 513, note L. Franc-Menget.

[703]CA Paris, 7 févr. 2017, *Venezuela* c/ *Gold Reserve Inc. : Rev. arb.* 2017, p. 566, note J. Fouret et A. Reynaud.

[704]CA Paris, 25 avr. 2017, *Venezuela* c/ *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia Gruber : Rev. arb.* 2017, p. 767, note S. Lemaire et M. Laazouzi.

[705]CA Paris, 7 févr. 2017, *Venezuela* c/ *Gold Reserve Inc.*, préc.

[706]CA Paris, 14 mai 2019, n° 16/16502 : *Rev. arb.* 2019, p. 619.

[707]V. par ex., CA Paris, 24 sept. 2019, n° 18/14721 : *Gaz. Pal.* 19 nov. 2019, p. 22, note D. Bensaude.

[708]Ainsi, en 2018, dix-huit nouveaux traités d'investissement ont été signés, V. CNUDCI, *World Investment Report 2018*, 2018, p. 88.

[709]Ainsi, en ce qui concerne les sentences rendues en 2018-2019 sous l'égide du CIRDI, 23 % des sentences ont rejeté les demandes en intégralité, contre 32 % des sentences rendues en faveur des investisseurs (y compris partiellement) (le reste concerne des déclinatoires de compétence, des désistements d'instance ou des accords amiables), V. Rapport annuel du CIRDI 2020, p. 31.

[710]V. *supra*, n° 118.

[711]V. *Propositions d'amendement des Règlements du CIRDI*, document de travail n° 3, vol. 2, août 2019.

[712]V. par ex. Règl. CIRDI, art. 37(2), amendé en 2006.

[713]Depuis 2001, l'ALENA a rendu publics les documents soumis aux ou rendus par les tribunaux arbitraux chargés de trancher les litiges relatifs à ce traité.

les audiences peuvent également être ouvertes[714]. La transparence est maintenant de mise en arbitrage d'investissement, comme en atteste l'adoption de règles et de conventions à cet effet[715].

[714]Là encore, les pays membres de l'ALENA ont montré la voie en se déclarant favorables au recours aux audiences publiques.

[715]V. Convention des Nations Unies, dite de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 10 déc. 2014 (entrée en vigueur le 18 oct. 2017) ; Règl. CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et État fondé sur des traités (entré en vigueur le 1er avr. 2014).

Arbitrage interne et arbitrage international

165. – Nécessité de la distinction ? Si l'on observe les principales législations étrangères, trois modèles sont généralement identifiés. Le premier est celui des législations à régime dualiste, telles que celles de la France ou de la Suisse[716], qui font une distinction entre les règles applicables à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international. Le droit suisse par exemple propose deux corps de règles bien distincts, dont celui relatif à l'arbitrage international qui repose essentiellement sur le droit et les dispositions de la Convention de New York. Le droit français opère, lui, par voie de réglementation principale de l'arbitrage interne, tandis qu'une partie, dans le Code de procédure civile, consacrée à l'arbitrage international, formule des renvois ou des exceptions. Le deuxième modèle, moniste, propose au contraire l'effacement de la distinction entre les régimes interne et international de l'arbitrage et dans lequel on retrouve notamment le droit anglais qui a adopté en 1996 une loi qui prévoit très marginalement cette distinction[717]. Idem pour le droit allemand ou le droit bahreïni[718], qui ont adopté presque tel quel le modèle de la loi-type CNUDCI, qui ne fait pas cette distinction. Enfin, le troisième modèle est celui des systèmes juridiques qui, bien qu'ayant instauré un régime unique, prévoient des dispositions propres à l'un ou à l'autre : c'est le cas par exemple du droit de Hong Kong[719] ou du droit belge[720].

166. – Critère économique de la distinction. En droit français, l'article 1504 du Code de procédure civile fixe un critère purement économique pour déterminer le caractère international, ou non, de l'arbitrage, dans la tradition jurisprudentielle de la détermination du caractère international d'un contrat : « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». La seule référence à un tel critère économique est plutôt rare dans les législations étatiques. La majorité des législations préfère utiliser un critère juridique fondé sur l'existence d'éléments

---

[716]Le chapitre 12 de la LDIP réglemente l'arbitrage international et le Concordat du 27 mars 1969 l'arbitrage interne, il s'applique également en matière internationale lorsque les parties ont expressément exclu la LDIP (V. LDIP, art. 176, al. 2).

[717]Bien que l'*Arbitration Act* prévoie une distinction aux articles 86 et 87, ces dispositions ne sont jamais entrées en vigueur, le secrétaire d'État ayant fait usage de son pouvoir d'abrogation que lui conférait la section 88 du texte.

[718]Décret législatif n° 9 de 2015 pour le Bahreïn ; Loi allemande sur l'arbitrage en vigueur depuis le 1er janvier 1998.

[719]La nouvelle ordonnance sur l'arbitrage entrée en vigueur le 1er juin 2011 intègre les dispositions de la loi-type CNUDCI et supprime ainsi toute distinction entre arbitrage interne et international. L'article 100 (b) prévoit cependant une option permettant aux parties d'appliquer les anciennes dispositions relatives à l'arbitrage interne.

[720]L'article 1718 du Code judiciaire belge prévoit que les parties peuvent exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale.

d'extranéité[721]. Certaines combinent les deux critères[722]. La différence entre les deux systèmes ne doit pas être exagérée, dans la mesure où il est rare que le critère économique international soit satisfait en l'absence d'au moins un élément d'extranéité.

167. – La jurisprudence a eu l'occasion de préciser à de nombreuses reprises le sens et la portée qu'il fallait donner à cette expression de l'article 1504 du Code de procédure civile. Ainsi, le caractère « international » de l'arbitrage « fait appel, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral, à une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État »[723]. Pour être qualifiée d'internationale, l'opération économique support du litige qui sera alors considéré comme international[724], doit ainsi mettre en cause les intérêts du commerce international, c'est-à-dire concerner des enjeux économiques propres à plusieurs pays, au moins deux. C'est le cas de l'opération réalisant un « transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières »[725] ou « intéressant l'économie (ou la monnaie) de deux pays au moins »[726]. Sera ainsi considéré comme mettant en cause les intérêts du commerce international, l'arbitrage relatif à un contrat d'exportation d'aliments depuis la France vers l'Allemagne[727], ou encore l'arbitrage concernant un contrat de sous-traitance devant être exécuté en Égypte, lieu de réalisation de la prestation, distinct de celui du donneur d'ordre, les divers produits étant fabriqués en France pour être livrés en Égypte[728]. C'est une vision très large du caractère international de l'opération qui est généralement retenue, les

---

[721]C'est le cas notamment de la Suisse (LDIP, art. 176), de la Belgique (Code judiciaire, art. 1718) et de la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (art. I[1]).

[722]Il en va aussi des législations ayant intégré la loi-type CNUDCI, dont l'article 1, § 3. dispose qu'un arbitrage est international si : *a)* Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou *b)* Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou *c)* Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

[723]V. par ex., CA Paris, 29 mars 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 543, note D. Bureau ; dans le même sens : Cass. 1re civ., 26 janv. 2011, n° 09-10.198 : *JCP* E 2011, 1219, C. Asfar Cazenave (« l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral »). – CA Paris, 7 oct. 2014 : *Cah. arb.* 2015, p. 83, note B. Dondero. – CA Paris, 27 janv. 2015, n° 14/05126 : *Rev. arb.* 2015, p. 276.

[724]P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 64, n° 115. À noter, sur le plan strictement juridique, qu'il ne ressort pas toujours clairement du droit positif si l'objet à considérer est l'« opération » (comment la définir précisément sur le plan juridique ?), le contrat litigieux ou le litige soumis à l'arbitrage.

[725]V. par ex. : CA Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. Synvet ; dans le même sens, CA Paris, 7 oct. 2014 : *Cah. arb.* 2015, p. 83, note B. Dondero ; dans le même sens : CA Versailles, 28 nov. 2019, n° 19/01291 (« Pour qu'un arbitrage soit qualifié à la fois de commercial et d'international, il suffit qu'il intéresse une opération économique impliquant un mouvement de biens, de services, de fonds, de technologie, de savoir-faire, de personnel, ne se dénouant pas dans un seul État, indépendamment de la loi applicable ») ; en sens inverse : Cass. 1re civ., 30 juin 2016 : *JCP* G 2016, 954 (« Les litiges ne portaient plus que sur des opérations qui se dénouaient économiquement en France, de sorte qu'elles ne mettaient plus en cause des intérêts du commerce international »).

[726]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 64, n° 115.

[727]CA Paris, 19 févr. 1988, *Rev. arb.* 1990, p. 657.

[728]CA Paris, 5 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 528.

contrats annexes ou accessoires étant également pris en compte dans la détermination du caractère international de l'arbitrage auquel l'opération litigieuse va donner lieu. Ainsi, la présence d'une clause stipulant qu'une société néerlandaise est garante de l'acquisition de titres par une société de droit français à une autre société française permet de retenir l'internationalité de l'arbitrage, quand bien même cette opération est accessoire à l'opération principale, à savoir l'acquisition des titres[729]. De la même façon, est international l'arbitrage relatif à un contrat conclu entre des parties françaises, soumis à la loi française, et qui crée une société dont l'objet est l'obtention et l'exécution de marchés dans un pays étranger[730]. Ainsi, l'internationalité de l'accessoire « contamine » en quelque sorte le principal. Toutefois, la jurisprudence a parfois fait preuve d'une vision moins large de l'opération en ne prenant en compte qu'une partie de celle-ci[731]. On peut toutefois émettre une réserve à ce sujet : la notion d'« arbitrage international » est en fait un raccourci car c'est le litige qui est international, parce qu'il se fonde sur une opération économique internationale. Par conséquent, il n'est pas inimaginable de considérer qu'un contrat, international, au moment de sa conclusion donne lieu à un litige, et donc un arbitrage, interne, et, réciproquement, un contrat interne provoque un litige, et donc un arbitrage, international. La formule finalement retenue permet surtout de considérer que la jurisprudence applicable à l'arbitrage international s'est, en droit français, totalement exonérée de la réserve de commercialité, quel que le soit le critère de commercialité retenu, pourvu qu'il s'agisse d'une opération économique qui met en jeu les intérêts du commerce international.

168. – Indifférence d'autres éléments (droit français). Lorsque seul le critère économique est pris en compte pour déterminer le caractère interne ou international de l'opération litigieuse et donc de l'arbitrage, les éléments juridiques d'extranéité, souvent utilisés en droit international privé, ne sont pas pris en compte dans la qualification internationale de l'arbitrage. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris rappelle assez couramment que « la nationalité des parties en cause, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants »[732].

Est international l'arbitrage ayant pour objet un contrat visant à rechercher et démarcher des fournisseurs en Asie pour permettre l'établissement de relations commerciales entre l'une des parties et des fournisseurs asiatiques, et ce bien qu'il ait été conclu entre deux parties françaises[733]. De même, l'arbitrage, même relatif à la propriété d'un immeuble et du fonds d'une bibliothèque localisés en France, est international dès lors que « son exploitation se fait à l'aide de capitaux étrangers »[734]. En outre, la volonté des parties est inopérante dans la détermination du caractère interne ou international de l'opération. À ce titre, la jurisprudence considère qu'il n'appartient pas aux parties de modifier le régime interne ou international de l'arbitrage, de sorte qu'il importe peu, pour la détermination du caractère interne ou international de l'arbitrage, que la convention d'arbitrage prévoie que l'arbitrage est soumis au droit

---

[729]CA Paris, 25 nov. 2014 : *Cah. arb.* 2015, p. 119.

[730]CA Paris, 26 janv. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 125, note J.-H. Moitry et C. Vergne.

[731]CA Paris, 17 févr. 2015 : *JCP* G 2015, 289, note S. Bollée (retenant, pour qualifier un arbitrage d'interne, que la solution du différend entre les parties n'emportera pas de flux financier ou de transfert de valeurs au travers des frontières) ; *Dalloz actualité*, 20 févr. 2015, note X. Delpech.

[732]V. par ex., CA Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. Synvet ; dans le même sens, CA Paris, 11 juin 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 652. – CA Paris, 7 avr. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 576.

[733]CA Paris, 17 janv. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 401, note J.-B. Racine.

[734]Cass. 1re civ., 8 oct. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 922.

interne[735]. Il n'est donc pas nécessaire que la convention d'arbitrage renvoie à l'application d'un droit non interne pour que le juge du siège y décèle un arbitrage international, et réciproquement. Par ailleurs, la décision du tribunal arbitral dans sa sentence sur la nature interne ou internationale de l'arbitrage qu'il doit trancher n'est pas décisive[736]. Dans la même veine, l'application du régime international – favorable en ce qu'il ne tient pas compte d'une éventuelle annulation au siège – s'impose à la reconnaissance aussi bien d'une sentence internationale qu'« étrangère », nonobstant le fait que ladite sentence serait considérée comme « interne » dans le pays du siège[737]. Il importe enfin peu que l'opération n'ait finalement pas été exécutée et qu'aucun mouvement par-dessus les frontières n'ait eu effectivement lieu pour déterminer la qualification à retenir : c'est l'objet et le contenu (autrefois la « cause ») du contrat qui importent : l'inexécution, l'absence de commencement d'exécution du contrat ou sa résiliation ne sont pas de nature à faire perdre ce caractère à l'arbitrage[738].

Encart 11

Arbitrage interne ou international ? Les bonnes questions pour la bonne qualification

ÉLÉMENTS PERTINENTS ET FONDAMENTAUX	ÉLÉMENTS INOPÉRANTS EN THÉORIE
Il faut s'attacher à raisonner sur un plan économique et en termes dynamiques : – L'opération implique-t-elle un transfert de bien(s) (i), de service(s) (ii), de personne(s), ou de capitaux (iii) à travers les frontières ? – L'opération intéresse-t-elle l'économie de plusieurs pays ? – D'autres mécanismes (par ex. un financement connexe) que l'opération strictement interne et litigieuse passent-ils par des canaux internationaux pour la « contaminer » à l'international ?	Les éléments strictement juridiques, qui peuvent être perçus comme statiques, ne suffisent pas : – Qu'ont décidé les parties concernant la qualification de l'arbitrage (dans leur convention ou même en cours de procédure) ? – Comment le tribunal arbitral a-t-il qualifié l'arbitrage ? – La nationalité des parties diffère-t-elle ? – Le droit applicable (au fond ou à la convention) est-il le droit français ? – Où l'arbitrage a-t-il lieu ? – La sentence est-elle « interne » au regard du droit du siège ?

[735]V. par ex. : CA Paris, 17 févr. 2015 : *Dalloz actualité*, 20 févr. 2015, note X. Delpech. – Cass. 1re civ., 20 nov. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 383. – Cass. 1re civ., 13 mars 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 500, note L. Jaeger.

[736]V. toutefois CA Paris, 17 déc. 2020, n° 18/01504, *Al Misnad* c/ *SEGQ* ; V. en droit comparé (libanais) : Cass. Liban, 5e ch., 26 avr. 2006 : *RLAAI* 2006, n° 38, p. 33.

[737]Cass. 1re civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.932, *NATGAS* c/ *EGPC*, P+I : *JurisData* n° 2021-000457 ; *JCP* G 1er févr. 2021, n° 5, 113.

[738]V. par ex., CA Paris, 25 nov. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 730.

169. – Conséquences de la qualification. Même si un net rapprochement existe, y compris en droit interne, la qualification internationale d'un arbitrage emporte par principe l'application de régimes spécifiques à chaque situation. Alors que l'arbitrage interne s'inspire encore largement des conceptions processuelles françaises de l'administration de la justice[739], l'arbitrage international est empreint d'une logique plus souple et libérale, censée être plus adaptée aux besoins du règlement des litiges en matière de commerce international. Par exemple, alors qu'un écrit est nécessaire à la validité de la convention d'arbitrage en matière interne, aucune condition de forme n'est exigée dans le cadre international (V. *infra*, n° 474)[740]. De la même façon, le domaine de l'arbitrabilité d'un litige est beaucoup plus étendu dans un arbitrage international, une clause compromissoire insérée par exemple dans un contrat de consommation est réputée non écrite en droit de l'arbitrage interne alors qu'elle était parfaitement valable en matière internationale[741]. Pourtant, la Cour de cassation est récemment venue rompre avec ce principe qui établissait que pour les contrats internationaux de consommation, il n'existait pas de régime spécifique : désormais, en matière de contrat international de consommation, l'effet négatif du principe compétence-compétence n'impose pas de renvoyer le consommateur devant l'arbitre pour discuter la compétence[742] (se rapprochant ainsi de l'arbitrage interne qui répute ces clauses compromissoires comme non écrites). Si, en général, le droit de l'arbitrage international à influencer celui de l'arbitrage interne[743], cet exemple illustre la situation inverse, dans le sens d'une plus grande protection du consommateur.

Sur le plan procédural, le droit interne impose, sauf volonté contraire des parties, aux arbitres de trancher le litige dans un délai supplétif contraint, de six mois, tandis qu'en matière d'arbitrage international, aucun délai n'est déterminé[744], sinon celui imposé par le devoir de célérité qui s'impose aux arbitres. De la même façon, alors qu'en matière interne, et sauf volonté contraire des parties, l'arbitrage est confidentiel, une telle règle n'est *a priori* pas applicable à l'arbitrage international, en tout cas pas de manière explicite.

De façon plus générale, les principes procéduraux auxquels les parties et les arbitres ne peuvent renoncer sont moins nombreux en matière d'arbitrage international qu'en celui d'arbitrage interne[745]. Ainsi, la préparation du témoin par le conseil d'une partie et la pratique du contre-interrogatoire ne sont autorisées, au regard du droit français, qu'en matière d'arbitrage international. Sur le fond, par ailleurs, les arbitres peuvent utiliser les ressorts des principes du commerce international, les usages internationaux,

---

[739]V. toutefois : Ch. Jarrosson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *Mél. A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 234.

[740]CPC, art. 1443 pour l'arbitrage interne et 1507 pour l'arbitrage international.

[741]L'article 2061 du Code civil n'est pas applicable en matière internationale, Cass. 1re civ., 21 mai 1997 : *RTD com.* 1998, p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuz ; *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *JDI* 1998, p. 969, note S. Poillot-Peruzzetto ; V. égal. Cass. 1re civ., 30 mars 2004 : *D.* 2004, p. 2458, note I. Najjar ; *RTD com.* 2004, p. 447, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. Boucobza ; *JCP* G 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini.

[742]Cass. 1re civ., 30 sept. 2020 : *Lexbase, éd. Droit privé* 14 oct. 2020, n° 840, note D. Vidal.

[743]Ch. Jarrosson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, préc.

[744]L'article 1506 du Code de procédure civile ne fait pas de renvoi à l'article 1463, alinéa 1 fixant le délai à six mois.

[745]CPC, art. 1464 pour l'arbitrage interne et 1506, 3e et 1510 pour l'arbitrage international.

ce qui, en pratique, offre beaucoup de souplesse dans l'appréciation d'un référent juridique à un comportement des parties (V. *infra*, n° 904).

Sur le plan des voies de recours, seul le recours en annulation est explicitement admis contre une sentence arbitrale internationale (auquel il faut ajouter le recours, exceptionnel, en révision), l'appel, la tierce opposition, recours possibles contre la sentence interne, sont en effet impossibles en matière internationale[746], étant entendu que les parties peuvent par ailleurs, en matière internationale, renoncer au recours en révision. De plus, la célèbre affaire *Putrabali* après la jurisprudence *Hilmarton*[747] permet de reconnaître l'*exequatur* en France d'une sentence rendue à l'étranger. Une telle décision implique un certain rapprochement entre sentences étrangères et sentences nationales, imposant une non-discrimination entre les deux[748]. Cette décision démontre qu'une sentence arbitrale n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, qu'elle est considérée comme 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 (et ce en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958).

Pour autant, il demeure certaines différences quant aux voies de recours et, notamment, sur le contrôle de la motivation de la sentence. En effet la Cour de cassation a écarté le contrôle de la motivation de la sentence d'arbitrage international (puisque l'article 1492 du Code de procédure civile n'est pas applicable à l'arbitrage international)[749]. Cette distinction peut sembler particulière au regard de la nature juridictionnelle de l'arbitrage et du besoin du respect du contradictoire, mais pourtant elle demeure[750].

---

[746]CPC, art. 1491, 1489, 1501 et 1502 pour l'arbitrage interne et 1518 pour l'arbitrage international.

[747]Cass. 1re civ., 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton : JurisData* n° 1994-000833 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 104 ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, note B. Oppetit ; *JDI* 1994, p. 701, note E. Gaillard ; *RTD com.* 1994, p. 702, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson. – Cass. 1re civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Putrabali : Rev. arb.* 2007, p. 507, note E. Gaillard ; *D.* 2007, p. 1969, obs. X. Delpech; *ibid.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay ; *ibid.* 1429, chron. L. Degos ; *RTD com.* 2007, p. 682, obs. E. Loquin ; *JDI* 2007, p. 1236, note Th. Clay ; *LPA* 2007, n° 192, p. 20, note M. de Boisséson ; *JurisData* n° 2007-039760 ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 109, note S. Bollée ; *Gaz. Pal*. 21-22 nov. 2007, p. 14, note Ph. Pinsolle. – Cass. 1re civ., 13 janv. 2021, *NATGAS* c/ *EGPC : JurisData* n° 2021-000457 ; *Procédures*, n° 3, mars 2021, comm. 71, note L. Weiller ; *JCP E*, n° 6, 11 févr. 2021, p. 1076. V. *infra*, n° 1683.

[748]On peut noter à ce titre que la distinction entre sentences interne et internationale n'est pas pertinente pour ce qui concerne le régime de l'*exequatur*, V. Cass. 1re civ., 13 janv. 2021, n° 19-22.932 : *D.* 2021, p. 86.

[749]Cass. 1re civ., 14 juin 2000. I. Fadlallah, *La sentence et le régime des voies de recours. Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales : Cah. arb.* 2002, p. 148.

[750]D. Vidal, *La distinction entre arbitrage interne et arbitrage international (questions sur l'article 1506, alinéa 1er du Code de procédure civile) : LPA* 13 févr. 2013, p. 6.

Encart 12

L'arbitrage aux deux facettes : les différences principales de régime en un coup d'œil ?

	ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
Dispositions législatives applicables	Articles 1442 à 1503 du Code de procédure civile.	Articles 1504 à 1527 et par le jeu du renvoi de l'article 1506, les articles 1446, 1447, 1448 (al. 1 et 2), 1449, 1452 à 1458, 1460, 1462, 1463 (al. 2), 1464 (al. 3), 1465 à 1470, 1472, 1479, 1481, 1482, 1484 (al. 1 et 2), 1485 (al. 1 et 2) et 1486, 1502 (al. 1 et 2) et 1503.
Forme de la convention d'arbitrage	La convention d'arbitrage doit être écrite. Le compromis doit déterminer l'objet du litige.	Aucune condition de forme n'est requise.
Arbitrabilité	Les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil fixent les limites du domaine arbitrable.	La jurisprudence a exclu l'application des articles 2060 et 2061, et les matières inarbitrables demeurent celles qui touchent au plus près à l'ordre public international (mais l'interdiction des clauses abusives s'impose désormais aussi en matière internationale, depuis l'arrêt *PWC*).
Procédure	Le siège de l'arbitrage est nécessairement situé en France. Les arbitres sont libres de déterminer les règles de procédure applicable, mais doivent respecter et faire respecter les principes de célérité et loyauté ainsi que les principes directeurs du procès en droit français énoncés aux	Les parties sont libres de choisir le siège de l'arbitrage. Les arbitres sont libres de déterminer les règles de procédure applicable mais doivent respecter et faire respecter l'égalité des parties, le contradictoire, et les principes de loyauté et de célérité dans la conduite de la procédure.

	ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
	articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1.	Sauf volonté contraire des parties, l'arbitrage n'est pas confidentiel.
	La confidentialité s'applique par défaut. Le droit applicable est celui désigné par les parties, ou à défaut, celui que le tribunal arbitral juge approprié. En l'absence de précision dans la convention d'arbitrage, la durée de la mission des arbitres est de six mois.	Le droit applicable est celui désigné par les parties ou, à défaut, celui que le tribunal arbitral juge approprié. Les arbitres devront dans tous les cas prendre en compte les usages du commerce. Pas de délai prévu concernant la durée de la mission des arbitres.
Voies de recours	Plusieurs voies de recours sont possibles contre la sentence interne : recours en annulation, tierce opposition, recours en révision. La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties. Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5) la sentence est contraire à l'ordre public ; ou 6) 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	Seuls les recours en révision et en annulation sont admis, sauf clause excluant cette voie de recours. Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. Lorsque le siège est en France, le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Lorsque la cour d'appel de Paris est compétente, c'est le pôle 5,

	ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
	signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix. Le recours en annulation, comme l'appel, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Lorsque la cour d'appel de Paris est compétente, c'est le pôle 3, chambre 5 qui est saisi voire le pôle 5, chambre 16, désormais. Le juge compétent en matière de recours en révision est le tribunal arbitral si celui-ci peut encore se réunir. Dans le cas contraire, il le sera devant le juge d'appel.	chambre 16 qui est saisi, la « chambre internationale » (CCIP-CA) de la cour d'appel de Paris. Le recours en révision est uniquement ouvert devant le tribunal arbitral, ou, à défaut de pouvoir être réuni à nouveau, devant la cour d'appel compétente en matière d'annulation.
Reconnaissance et exécution	L'*exequatur* est accordé, selon les cas, par le président du tribunal judiciaire dans le ressort duquel la sentence a été rendue, ou par le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en l'état (dans le cas d'un recours en ou contre l'exécution provisoire). Une sentence annulée en France ne peut être reconnue[751], le recours en annulation (ou l'appel) emporte recours contre l'ordonnance d'*exequatur*[752]. Le rejet du recours en annulation emporte *exequatur* de la sentence.	Lorsque la sentence est rendue en France, le tribunal judiciaire du siège de l'arbitrage est compétent. Lorsqu'elle est rendue à l'étranger, c'est le tribunal judiciaire de Paris[753]. Le rejet d'un recours en annulation emporte *exequatur*. Une sentence annulée dans la juridiction du siège peut toutefois recevoir *exequatur* et être exécutée en France, conformément à la jurisprudence *Putrabali*. Seule l'ordonnance qui rejette l'*exequatur* d'une sentence *rendue en France* est susceptible de recours devant la cour d'appel.

[751]CA Paris, 28 juin 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 729, note Lécuyer.
[752]CPC, art. 1499, al. 2.
[753]CPC, art. 1516. V. cependant en matière de marchés publics français, et T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Inserm* c/ *Fondation Letten F. Sausgstad*. – T. confl., 11 avr. 2016, n° 4043, *Sté Fosmax LNG*. – T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075, *Synd. mixte des aéroports de Charente* c/ *Stés Ryanair Ltd et Airport Marketing Services Ltd*.

	ARBITRAGE INTERNE	ARBITRAGE INTERNATIONAL
	Seule l'ordonnance qui rejette l'*exequatur* est susceptible de recours, devant la cour d'appel.	L'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence *rendue à l'étranger* est toujours possible, devant la cour d'appel, mais uniquement pour des motifs relevant d'un recours en annulation[754].

[754]CPC, art. 1525 et 1527.

L'affaire *Tapie :* un cas d'école ?

170. – La pierre de Bernard Tapie à l'édifice arbitral. Au vu des enjeux et des protagonistes, l'affaire *Tapie*, qui fut aussi bien médiatique que politique, était en réalité d'abord juridique. Atypique, le dossier l'était à bien des égards. Il est ainsi rare qu'un tribunal arbitral soit mis en place alors que le litige a déjà été porté devant les juridictions ordinaires, *a fortiori* si les deniers publics français sont en jeu. De même, la profusion des questions juridiques, tant civiles (Chapitre 1) que pénales (Chapitre 2) et administratives (Chapitre 3) que l'arbitrage a soulevées, ont intéressé et intéresseront encore longtemps les amateurs d'arbitrage.

171. – Présentation des faits et des décisions rendues. Le litige relatif à l'arbitrage Tapie prend sa source dans une affaire plus large et ancienne. Il intéresse le sort réservé à la sentence arbitrale, rendue dans un arbitrage *ad hoc* par trois arbitres, dont deux au moins étaient des personnages éminents, aussi bien sur le plan politique que juridique, décidée pour mettre fin à un contentieux né entre des sociétés de M. Bernard Tapie à l'occasion de l'acquisition, entre 1990 et 1991 de la société Adidas par l'intermédiaire d'une société allemande (Bernard Tapie GmBH), pour un prix de 1,6 milliard de francs. Cette acquisition avait été financée par un crédit assuré par un *pool* bancaire dont le chef de file était une filiale du Crédit Lyonnais (SdBO), par ailleurs bailleur habituel de fonds des sociétés du groupe Tapie et de M. et M^{me} Tapie. Les sociétés de M. Tapie avaient ensuite conclu un accord avec la SdBO prévoyant l'apurement de leurs dettes, *via* le regroupement des actifs patrimoniaux de ces sociétés dans une société à créer, Newco. Pour ce faire, ces sociétés avaient confié à la SdBO un mandat de vente des actions de la BTF GmBH avec un prix maximal d'environ 2 milliards de francs (300 millions d'euros environ). La cession a été réalisée pour ce prix, en 1993 à divers clients de la société SdBO dont M. Robert-Louis Dreyfus, financé par le fait que qu'en cas de revente, la plus-value serait partagée entre la SdBo et le cessionnaire. Or, le même jour les cessionnaires concluaient une promesse de cession des titres à une société (belge) de M. Dreyfus, pour une somme de 3,5 milliards de francs. La vente d'Adidas par l'intermédiaire d'un système de sociétés *offshore* a ainsi permis de réaliser une importante plus-value, deux ans après avoir négocié la vente. Ainsi naissait le litige principal, fondé sur cette convention pour le moins particulière qui pouvait laisser penser à M. Tapie qu'il avait été floué : les sociétés du groupe Tapie refusaient d'exécuter l'accord initial avec la SdBO étaient placées en redressement puis liquidation judiciaire, et les liquidateurs engageaient, en 1996, une action contre la SdBO et le Crédit Lyonnais en indemnisation pour avoir manqué à leurs obligations de mandataires et fait perdre la chance de bénéficier du prix finalement payé par M. Dreyfus. La « faillite » de Bernard Tapie a précipité l'émergence des contentieux, alors que le Crédit Lyonnais était privatisé, la gestion de son passif ayant été transférée

au Consortium de réalisation (CDR), société anonyme intégralement détenue par un établissement public de financement et de restructuration (EPFR). Un arrêt de la cour d'appel de Paris, en 2005[755], condamnait la SdBO (devenue CDR Créances) et le Crédit Lyonnais à payer une somme de 135 millions d'euros au groupe Tapie. L'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 9 octobre 2006[756], censurait cependant cet arrêt, parce que le Crédit Lyonnais n'était pas partie à l'accord et que la SdBO n'avait pas d'obligation de financer l'opération pour laquelle il s'entremettait, et du fait que l'évaluation de la réparation comme plus-value réalisée lors de la revente des titres Adidas n'était qu'une perte de chance de réaliser cette plus-value. Avant toutefois que la cour d'appel de renvoi ne se prononce et dans l'optique de mettre définitivement fin aux nombreux contentieux, l'ensemble des parties décidèrent de recourir par voie de compromis à l'arbitrage, dans lequel étaient désignés MM. P. Estoup, J.-D. Bredin et P. Mazeaud, et le tribunal arbitral condamna *in fine* par une sentence du 7 juillet 2008 (outre trois autres rendues le 27 novembre 2009), le CDR au versement de 405 millions d'euros dont 45 millions au titre du préjudice moral au profit de Bernard Tapie. Même si la sentence rendue le 7 juillet 2008 ne le mentionne pas, il a été fait application de l'article 1446 du Code de procédure civile autorisant les parties à compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction.

Une action en annulation était engagée en 2013, mais considérée comme irrecevable parce que tardive, et surtout des actions en révision ont été engagées en même temps, à la suite de l'ouverture, en 2011, d'une enquête préliminaire, puis d'une instruction en 2012, pour escroquerie en bande organisée, eu égard au soupçon de lien entre l'arbitre désigné par les sociétés du groupe B. Tapie et l'avocat de ces dernières. C'est dans ces conditions que la cour d'appel de Paris a rendu l'arrêt du 15 février 2015[757] recevant l'action en révision, dont l'objectif était la rétractation de la sentence, sur le fondement d'une fraude commise au profit de la partie au profit de laquelle la sentence a été rendue, faisant écho, d'ailleurs, au travail d'un auteur[758]. En toute hypothèse, la question se posait de la recevabilité de ce recours. Une première question en appelait à la computation des délais : le recours en révision est ouvert deux mois après la connaissance de la cause du recours (CPC, art. 596) ; les requérants s'étaient portés parties civiles au cours de l'instruction moins de deux mois avant le recours, avaient ainsi découvert les éléments le fondant, et étaient alors recevables à agir de ce point de vue. Une deuxième question en appelait à identifier le fondement juridique du recours en révision. Si, en effet, le recours en révision est ouvert en matière d'arbitrage interne et international (CPC, art. 1502 et 1506), peu important d'ailleurs que l'arbitrage ait eu lieu avant l'entrée en vigueur du décret de 2011 (V. *supra*, n° 39), il demeure que le régime de la révision est différent, devant le tribunal arbitral si possible et à défaut devant la cour d'appel en matière interne, devant le tribunal arbitral ou, à défaut, devant

---

[755]CA Paris, 30 sept. 2005, n° 96/12548 : *D.* 2005, p. 2740, obs. X. Delpech, p. 2945, chron. X. Lagarde ; *RTD com.* 2006, 175, obs. D. Legeais ; *JCP* E 2005, 1617, note A. Viandier.

[756]Cass. ass. plén., 9 oct. 2006 : *D.* 2006, p. 2525, obs. X. Delpech, p. 2933, note D. Houtcieff, p. 2007, 753, obs. D. R. Martin ; *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 145 et 148, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2007, p. 207, obs. D. Legeais ; *JCP* G 2006, II, 10175, note T. Bonneau ; *JCP* E 2006, 2618, note A. Viandier ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 57, note F.-X. Lucas.

[757]Paris, 15 févr. 2015 : *D.* 2015, 439, et 425, Th. Clay, p. 1283, note D. Mouralis, p. 2031, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *JCP* G 1995, 289, note S. Bollée ; *Dalloz actualité*, 20 févr. 2015, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.* 2015, p. 832, note P. Mayer ; *Gaz. Pal.* 3-4 avr. 2015, p. 17, note M. Boissavy ; *Procédures* 2015, étude 4, note L. Weiller.

[758]Th. Clay, *Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales*, in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mél. en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 651.

un autre tribunal arbitral à constituer (V. *supra*, n° 1639). La cour d'appel, appliquant la formule de l'article 1504 du Code de procédure civile qui reprend la « doctrine Matter » et la célèbre approche économique permettant d'apprécier le caractère international d'un contrat ou d'un litige, celui qui « met en cause les intérêts du commerce international », complétées par la conception fondée sur les « flux » de « biens, de services, de fonds, de technologies ou de personnel à travers les frontières »[759], a considéré qu'il s'agissait d'un arbitrage interne. Le doute était permis dans la mesure où le mandat de vente portait sur des titres détenus par une société allemande, *via* divers opérateurs, dont une banque française vers une société de droit belge et alors que le caractère international d'une partie du litige emporte l'internationalité de l'ensemble, en principe[760]. Toutefois, le litige, issu d'un compromis, ne concernait, selon la cour, que des intérêts purement internes. Dès lors, restait le fond de l'affaire, et la lecture de l'arrêt de la cour d'appel de 2015 se suffit à lui-même : rencontre de l'arbitre désigné par le groupe Tapie avec ses avocats au temps de la négociation du compromis, avec des actionnaires du groupe Tapie, liens avec Bernard Tapie lui-même, influence de cet arbitre sur ses coarbitres lors de la rédaction de l'acte de mission, sur un groupe d'actionnaires du groupe Tapie pour lever la confidentialité sur un protocole d'accord conclu avec le Crédit Lyonnais, influence sur les coarbitres sur le délibéré aboutissant à prendre une part prépondérante dans la rédaction de la sentence, de sorte qu'il avait « circonvenu les deux autres [arbitres] dans un dessein frauduleux ». Le pourvoi contre l'arrêt d'appel a été rejeté le 30 juin 2016[761], de même que l'action en tierce opposition engagée par l'arbitre en question contre la décision d'appel ayant rétracté la sentence arbitrale a été considérée comme irrecevable[762], dans la mesure où l'arbitre ne peut pas se prétendre tiers à la décision qui se prononce sur un litige dont il est, pour tout ou partie, l'objet. La cour d'appel ayant rétracté la sentence arbitrale, et le tribunal ne pouvant évidemment pas se réunir à nouveau, la cour d'appel s'est alors prononcée sur le fond[763].

Restait enfin le volet pénal de l'affaire : la fraude, civile, dégénérait en délit d'escroquerie en bande organisée impliquant B. Tapie, son avocat, et l'un des arbitres, celui qu'il avait désigné, les éléments de l'instruction pénale étant d'ailleurs utilisés, par anticipation, dans le volet civil pour caractériser la fraude à l'origine du recours en révision. Or, le tribunal correctionnel, le 9 juillet 2019, relaxait les prévenus ; la décision ne manquait pas, alors, de souligner la contradiction avec les solutions civiles, la cour d'appel, dans l'arrêt du 17 février 2015 soulignant par exemple, avec cruauté pour tous les arbitres d'ailleurs, que l'arbitre « s'est employé, à seule fin d'orienter la solution de l'arbitrage dans le sens favorable aux intérêts d'une partie, à exercer au sein du tribunal arbitral, un rôle prépondérant et à marginaliser ses coarbitres poussés à

---

[759]V. Cass. 1re civ., 20 nov. 2013 : *D.* 2013, p. 2785, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2014, p. 107, obs. H. Barbier ; *Rev. arb.* 2014, p. 383, note D. Bureau ; *Procédures* 2014, comm. 49, note L. Weiller ; *JCP* G 2014, 57, note B. Le Bars.

[760]Paris, 29 mars 2001 : *RTD com.* 2001, p. 649, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2001, p. 543, note D. Bureau (rejet du pourvoi : Cass. 1re civ., 3 juin 2003 : *JCP* G 2004, I, 119, spéc. n° 5, obs. J. Ortscheidt). – Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, préc.

[761]Cass. 1re civ., 30 juin 2016, préc.

[762]CA Paris, 27 sept. 2016, n° 15/19083 : *D.* 2016, 2589, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2017, 1026, obs. P. Pedone (pourvoi rejeté, Cass. 2e civ., 11 janv. 2018, n° 16-24.740 : *Dalloz actualité*, 23 janv. 2018, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2018, n° 3, obs. L. Weiller ; *JCP* G 2018, 595, note D. Mouralis).

[763]CA Paris, 3 déc. 2015, n° 13/13278 (sur pourvoi, Cass. com., 18 mai 2017 : *D.* 2017, p. 1132 ; *Procédures* août 2017, n° 8-9, comm. 196, note L. Weiller ; *BRDA* 12/2017, 15 juin 2017).

l'effacement par facilité, excès de confiance, parti pris voire incompétence ainsi qu'il résulte de leur audition et de la teneur du courrier adressé par l'un d'eux à l'intéressé ». Or, le tribunal correctionnel, le 9 juillet 2019, a estimé que la preuve du délit n'était pas rapportée, pour relaxer Bernard Tapie. La validité de cet arbitrage n'a donc cessé d'être remise en cause, ce qui a donné lieu à des illustrations jurisprudentielles qui, tout en affectant parfois négativement l'image de l'arbitrage, n'ont fait qu'enrichir ses règles, et ce pratiquement dans tous les compartiments du droit de l'arbitrage, ce qui justifie sans doute une observation de la manière dont ils ont été mobilisés.

Chapitre 1

Les leçons civiles de l'affaire *Tapie*

172. – Sur le plan civil, l'arbitrage Tapie innove sur des questions de fond avec la notion de fraude (Section 1) et la distinction entre arbitrages interne et international (Section 2) qui ont toutes deux des incidences sur la procédure.

Section 1

Des précisions apportées quant à la notion de fraude civile

173. – Dans son arrêt de 2015, la cour d'appel de Paris a livré une nouvelle illustration d'une fraude commise par l'arbitre ayant violé son devoir d'indépendance[764]. Il y aurait collusion entre un arbitre et une ou des parties dès lors que l'arbitre occulte l'existence de circonstances permettant de douter de son impartialité. Cependant, un fait isolé ne permettant pas de caractériser la fraude, les juges du fond ont recherché l'existence d'un faisceau d'indices concordants. En l'espèce, l'élément le plus décisif a résidé dans la proximité personnelle de l'un des arbitres avec une partie et son conseil. La cour a considéré que « la dissimulation de ces liens, anciens, étroits et répétés participe de l'accomplissement du dessein ourdi par l'arbitre de concert avec M. Tapie et son représentant, de favoriser au cours de l'arbitrage les intérêts de cette partie »[765]. Il est pourtant bien des affaires où des arbitres ont dissimulé des liens sans pour autant donner lieu à des poursuites mais juste à une annulation arbitrale. Pourquoi ce défaut de révélation, pourtant courant dans l'arbitrage, est-il si grave qu'il a donné lieu à des poursuites ? L'on peut raisonnablement s'interroger : un arbitre aux liens passés et non renouvelés avec le conseil d'une partie bien avant (à la fin des années 1990) qu'il ne soit nommé arbitre et conseil dans une affaire, et qui n'a plus de contact avec ce conseil au moment de l'arbitrage, manque-t-il à son devoir d'indépendance ? Et, *a fortiori,* commet-il une fraude ? Si la cour d'appel de Paris a, dans cette affaire, considéré que la dissimulation de l'arbitre équivalait à un

[764]CA Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278 : *D.* 2015, p. 1253, note D. Mouralis ; *D.* 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout ; *D.* 2015, p. 2588, obs. Th. Clay.

[765]CA Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278, p. 25 : *Procédures* avr. 2015, n° 4, L. Weiller, *Un recours en révision vraiment « extraordinaire »* (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015) ; S. Bollée : *JCP* G 9 mars 2015, n° 10-11, 289, *L'accueil du recours en révision formé contre la sentence Tapie*.

manque d'indépendance voire à une fraude, les juges répressifs n'ont pas eu la même appréciation de la fraude, qu'ils ont écartée[766].

Toujours est-il qu'un arbitrage entaché de fraude entraîne indirectement[767] une rétractation de la sentence arbitrale[768] ainsi que des conséquences d'ordre pécuniaire : les sommes payées en exécution de la sentence doivent être restituées par l'ex-créancier[769]. Voie de recours extraordinaire qui permet de réexaminer une décision définitive entachée de fraude, le recours en révision « tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »[770].

Section 2

Des précisions apportées quant au critère de qualification d'un arbitrage interne

174. – Ici, comme souvent, l'enjeu de la qualification, interne ou internationale se situe sur le plan des voies de recours. Pour échapper à un recours en révision, ouvert contre les seules sentences internes, Bernard Tapie s'était fondé sur la dimension transnationale de l'opération économique à l'origine du litige, ce que la cour d'appel de Paris a écarté, retenant que les arbitres avaient été saisis en application d'un compromis ayant pour objet non pas le contrat de vente par une société française de parts sociales d'Adidas, société de droit allemand, mais le mandat de vendre lesdits titres, qui concerne uniquement les relations (internes) entre Tapie et le Crédit Lyonnais[771]. Sa motivation, empreinte d'un subtil opportunisme, repose sur le fait qu'au moment du compromis, les litiges ne portaient plus que sur des opérations qui se dénouaient économiquement en France, excluant ainsi une mise en cause des intérêts du commerce international.

Si l'on peut en déduire de l'arrêt que, selon la cour d'appel et dans cette espèce précise, seule l'opération visée par la convention d'arbitrage doit être examinée afin de savoir si elle implique ou non des flux économiques transfrontaliers, une jurisprudence antérieure et constante semblait attester d'une position autrement plus large et

---

[766]V. *infra*, n° 1652.

[767]La fraude entraîne en fait l'ouverture du recours en révision qui, lui, permet la rétractation.

[768]Cass. 1re civ., 30 juin 2016 : *JCP* G 2016, 954, note S. Bollée.

[769]Cass. com., 18 mai 2017 : *Rev. sociétés* 2018, p. 255, note B. Le Bars. Par ailleurs, en cas de mauvaise exécution du contrat d'arbitre ou, *a fortiori*, de fraude, l'arbitre pourra devoir restituer tout ou partie des honoraires qu'il a perçus.

[770]CPC, art. 593.

[771]CA Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278, préc.

globale[772]. L'arbitrage serait donc interne dès lors que l'opération soumise à l'arbitrage est interne, peu importe que l'opération globale soit, elle, internationale[773].

[772]CA Paris, 24 avr. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 598, note Ch. Jarrosson. – CA Paris, 26 janv. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 125, 2e esp. – CA Paris, 26 avr. 1985 : *Rev. arb.* 1985, p. 311, note E. Mezger ; *JDI* 1986, p. 175, note J.-M. Jacquet. – Cass. 1re civ., 8 oct. 2009 : *JurisData* n° 2009-049776 ; *Rev. arb.* 2011, p. 126, note crit. L. Perreau-Saussine ; sur la qualification, interne ou internationale, V. *supra*, n° 166.

[773]D. Mouralis, *Affaire Tapie – Adidas : les sentences arbitrales sont rétractées : D.* 2015, p. 1253.

Chapitre 2

Une affaire illustrant l'articulation entre arbitrage et procédure pénale

175. – La fraude reprochée aux consorts Tapie a bien eu son versant pénal[774], aussi riche en contenu qu'en rebondissements (Section 1) avec, même, une qualification pénale de diffamation autour du propos « arbitrage frauduleux » (Section 2).

Section 1

La fraude dans l'arbitrage, fondement des poursuites pénales mais insuffisante pour aboutir à la condamnation pénale

176. – La fraude retenue devant la juridiction civile a également donné lieu à de nombreuses actions pénales devant le tribunal correctionnel de Paris, notamment pour escroquerie en bande organisée, complicité d'escroquerie, faux, usage de faux et détournement de fonds publics. Pour autant, alors même qu'ils se fondent sur les mêmes faits, les mêmes éléments ayant convaincu les juges civils de la cour d'appel en 2015 et de la Cour de cassation en 2016 de l'existence d'une fraude, n'ont pas conduit les juges du tribunal correctionnel à qualifier les infractions pénales à l'encontre des prévenus.

En effet, là où les juges civils ont retenu la fraude en raison de l'influence déterminante exercée par un des arbitres, les juges répressifs ont estimé que les témoignages des arbitres, leurs échanges et délibéré n'ont pas permis de rapporter la preuve que « M. Pierre Estoup ait présenté le litige de façon univoque ou biaisée de manière à orienter systématiquement la solution dans un sens favorable aux intérêts de la partie Tapie »[775]. L'exigence d'impartialité de l'arbitre a donc ici reçu des

[774] V. sur l'articulation entre procédures arbitrale et pénale, *infra*, n° 1320 et s.

[775] Dans sa décision du 9 juillet 2019, le tribunal correctionnel de Paris a pu rejeter toute collusion entre l'arbitre et B. Tapie, relevant que le fait que l'agenda de l'année 2006 de l'arbitre indique la mention « Tapie » ne permettait pas d'affirmer qu'ils se soient rencontrés, de même que la preuve de l'activation par M. Tapie de soutiens

appréciations différentes au civil et au pénal[776]. Si l'on dit classiquement que le second tient le premier en l'état, dans cette affaire, les deux seront neutralisés.

Section 2

Qualifier un arbitrage de « frauduleux » : échec d'une action pénale en diffamation

177. – Une autre question de nature pénale s'est posée à l'occasion de l'arbitrage Tapie : un professeur de droit ayant qualifié un arbitrage de frauduleux est-il auteur de propos diffamatoires[777] ? Le tribunal correctionnel y a répondu par la négative, en estimant même que de telles poursuites constituaient une procédure abusive ouvrant droit à indemnisation[778].

politiques afin de favoriser le recours à l'arbitrage n'est pas rapportée, pas plus que la preuve du lien entre la dédicace faite par le consort Tapie à un arbitre ou l'intervention de ce dernier dans un dossier intéressant B. Tapie (T. corr. Paris, 9 juill. 2019, p. 180).

[776]Le tribunal correctionnel, tenu de retenir la qualification juridique la plus large pour résoudre un conflit de qualifications, s'est penché exclusivement sur l'escroquerie, dont il a finalement relaxé les prévenus.

[777]M. Deléan, *Au tribunal, Bernard Tapie en arroseur arrosé : Mediapart* 21 oct. 2011.

[778]M. Deléan, *Tapie devra verser 34 000 euros au professeur Thomas Clay : Mediapart* 2 déc. 2011.

Chapitre 3

Le caractère inédit du lien avec le droit administratif

178. – Les décisions administratives relatives au recours à l'arbitrage Tapie ont été considérées comme des actes détachables (Section 1) et la possibilité de compromettre dans cette affaire a été affirmée grâce à un critère d'autonomie dans la gestion financière du Consortium de réalisation (CDR) (Section 2).

Section 1

Actes détachables

179. – L'arbitrage Tapie a généré des actes administratifs antérieurs et postérieurs à la sentence, tels que l'instruction du ministre de l'Économie de l'époque, ainsi que la délibération du conseil d'administration de l'EPFR, décidant de ne pas s'opposer à la délibération du conseil d'administration du CDR de recourir à l'arbitrage ou tel que l'instruction par laquelle le ministre avait demandé aux administrateurs représentant l'État audit conseil de ne pas s'opposer à la décision du CDR de ne pas déposer de recours en annulation contre la sentence arbitrale. Un recours en annulation a finalement été déposé devant les juridictions administratives, mais celles-ci l'ont rejeté.

Ces actes administratifs engageant les finances de l'État, ils n'ont pas été considérés « inséparables d'une procédure judiciaire »[779] mais comme détachables du compromis d'arbitrage et des procédures judiciaires afférentes. Les juridictions administratives ont donc eu ainsi l'opportunité de se prononcer sur des questions inédites d'arbitrabilité des litiges de droit privé mais concernant des collectivités publiques, soulevées à l'occasion de la contestation de ces actes administratifs[780]. L'enjeu de la qualification d'actes détachables était donc de soumettre leur contestation au juge administratif et de la faire échapper à la compétence judiciaire, le tribunal administratif qui examine le recours pour excès de pouvoir n'exerçant qu'un contrôle restreint sur les actes détachables d'une procédure judiciaire.

[779] CE, 11 déc. 1992, n° 135785, *Sté Le Figaro*.
[780] TA Paris, 8 oct. 2009, n° 0815485 et CAA Paris, 31 déc. 2010, n° 09PA06892.

Section 2

Possibilité de compromettre

180. – L'interdiction de compromettre frappant les personnes publiques ne concernait pas le CDR, sauf à considérer que le différend intéressait en fait un établissement public. Or, si l'« on ne peut compromettre (…) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »[781], c'est une personne de droit privé, le CDR, société anonyme détenue par l'EPFR, qui a eu recours à l'arbitrage dans l'affaire *Tapie*. C'est le raisonnement que le juge administratif a mené, soulignant l'existence et l'autonomie réelle du CDR qui ne pouvait être considéré comme un intermédiaire fictif ne pouvant être distingué de l'EPFR : étant donné la technicité de sa mission, de nature purement commerciale et non administrative, qui ne peut normalement être assurée par les personnes publiques, la société CDR disposait nécessairement d'un pouvoir propre de décision et d'une réelle autonomie dans la gestion des actifs du Crédit Lyonnais qui lui avaient été confiés, et ce alors même que la couverture des pertes résultant des risques non chiffrables était assurée par des fonds publics. C'est ainsi que le juge administratif a permis de recourir à l'arbitrage dans l'affaire *Tapie*.

[781] C. civ., art. 2060 ; V. à ce sujet, *infra*, n^os^ 263 et s. et 280 et s.

La convention d'arbitrage

181. – La convention d'arbitrage, premier « aliment » de l'arbitrage. La « pierre angulaire de l'arbitrage »[782], ou encore, de façon moins géométrique mais tout aussi motrice, « le meilleur aliment de l'arbitrage »[783] : c'est ainsi qu'est souvent perçue la convention d'arbitrage qui, d'un côté, est la fondation d'un édifice processuel (c'est par elle que l'on commencera généralement par s'attaquer si l'on veut contester un arbitrage), et, de l'autre, nourrit qualitativement l'arbitrage de sa source volontaire et contractuelle, et quantitativement en ce qu'elle lui fournit via la clause compromissoire et loin devant le compromis, la quasi-totalité des conventions d'arbitrage avec le contentieux arbitral qui en résulte. L'arbitrage ne peut pas être saisi sans la convention d'arbitrage, qui prévoit la possibilité et les modalités d'un divorce précisément au moment où les cocontractants rentrent en mariage. Bref, la convention d'arbitrage est aux acteurs économiques ce que le contrat de mariage est aux époux : mieux vaut s'entendre avant qu'après le divorce.

182. – L'arbitrage favorisé à travers la convention d'arbitrage. L'approche libérale des systèmes juridiques envers l'institution de l'arbitrage peut être appréhendée également par le libéralisme qu'ils manifestent à travers le traitement de la convention d'arbitrage elle-même. Ainsi, c'est tout autant la question de l'exécution des sentences que le traitement législatif et jurisprudentiel des conventions d'arbitrage qui déterminent si la juridiction concernée est « favorable » ou non à l'arbitrage. L'importance de la convention d'arbitrage, et son rôle dans l'arbitrage lui-même, peuvent également être appréhendés au travers d'autres aspects, tels que la question de l'arbitrabilité au fond. La convention d'arbitrage peut inclure certains litiges alors que d'autres ne seront pas arbitrables, selon l'enjeu, public notamment, et selon que l'arbitrage est interne ou international. La loi, en déterminant quelles questions peuvent être soumises à l'arbitrage et quels sujets doivent, au contraire, être exclusivement traités par des tribunaux étatiques, montre son approche, favorable, défavorable ou neutre, envers l'arbitrage : elle rappelle aussi que, même si l'autonomie de la volonté est au fondement de l'arbitrage, la loi a son mot à dire ici aussi.

183. – Plan. On examinera, classiquement, les cycles de vie d'une convention d'arbitrage, principalement mais pas exclusivement, ceux de la clause compromissoire. On verra les formes et caractères de la convention d'arbitrage (Titre 1), avant d'aborder

---

[782] A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international* (avec la collaboration de M. Smith et la traduction de E. Robine), LGDJ, 2e éd., 1994, p. 106.

[783] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993, n° 2, p. 5.

les conditions de fond – notamment d'arbitrabilité – et de forme pour sa formation (Titre 2), pour en arriver à ses effets (Titre 3) et aux modalités par lesquelles elle prend fin (Titre 4).

Les formes et les caractères de la convention d'arbitrage

184. – La « convention d'arbitrage » est un terme général et englobe deux formes : la clause compromissoire et le compromis (Chapitre 1). Que ce soit sous forme de la clause ou du compromis, la convention d'arbitrage présente un certain nombre de caractères qui, même s'ils peuvent à première vue paraître contradictoires ou au moins paradoxaux, peuvent être retrouvés dans presque tous les stades de l'arbitrage (Chapitre 2).

Les formes de la convention d'arbitrage

185. – Définition de la convention d'arbitrage. L'arbitrage n'est pas envisageable sans son fondement juridique élémentaire : la convention d'arbitrage[784]. Tout l'édifice arbitral repose en effet sur ce socle, affirmé par les conventions internationales et les lois de chaque juridiction. La convention d'arbitrage est notamment définie par l'article 7 de la loi type de la CNUDCI comme « une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ». Le droit français ne s'éloigne pas de cette approche et la convention d'arbitrage y figure également selon une dénomination commune englobant, en matière d'arbitrage interne, deux formes ou plutôt deux modalités, selon que le litige est à naître ou est né : la clause compromissoire ou le compromis[785]. L'évolution de l'approche de la convention d'arbitrage est visible même en dehors des droits étatiques et depuis longtemps : le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 distinguait déjà, dans son article premier, la clause compromissoire du compromis. La Convention de New York de 1958, quant à elle, utilisait déjà le terme générique de « convention d'arbitrage » pour désigner la clause ou le compromis d'arbitrage[786].

La clause compromissoire est définie par l'article 1442, alinéa 2 du Code de procédure civile comme « la convention par laquelle les parties à un contrat ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ».

L'article 1442, alinéa 3 du Code de procédure civile définit le compromis comme une convention par laquelle « les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

Les deux formes de convention d'arbitrage n'ont pas suivi le même chemin historique. En réalité, le compromis a toujours été accepté, contrairement à la clause compromissoire, pour laquelle l'admissibilité ne s'est faite que de manière très progressive (Section 1). Les deux types de convention ont fini par s'approcher et s'unifier sous un seul régime, avec toutefois des différences résiduelles (Section 2).

---

[784] A. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, p. 144-145. – G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2e éd., 2014, p. 197.

[785] V. CPC, art. 1442 : « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ».

[786] V. Conv. New York 1958, art. II (2) qui énonce : « On entend par « **convention écrite** une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

Section 1

Le contraste historique entre clause compromissoire et compromis d'arbitrage

186. – L'arbitrage s'est initialement développé au travers du compromis plutôt que de la clause compromissoire (§ 1). Il semble qu'il ait toujours été plus ou moins aisément accepté, que ce soit pour les juges ou pour la société, de recourir à l'arbitrage, une fois le litige né. Ainsi, une telle volonté *a posteriori* est soumise à moins de contraintes que dans le cas de la clause compromissoire. L'évolution de cette dernière est apparue notamment au XIX^e^ siècle et a fait face à plusieurs défis (§ 2).

§ 1. – L'évolution de l'arbitrage fondée sur la reconnaissance constante du compromis

187. – Dans la plupart des systèmes juridiques, et de tout temps, l'arbitrage fondé sur le compromis[787] ne semble en réalité jamais avoir posé de véritables difficultés, l'idée étant que, une fois le litige né, les parties sont assez « adultes », compétentes et conscientes pour vraiment vouloir que leur litige soit réglé par un arbitrage, ce qui ne serait pas le cas de la clause compromissoire. À titre d'exemple, dans de nombreux pays du Moyen-Orient où, longtemps, la clause compromissoire était prohibée[788], le recours au compromis n'a jamais soulevé de difficultés particulières et ne s'est jamais heurté à de quelconques obstacles juridiques, même dans la tradition du droit islamique la plus ancienne et la plus conservatrice[789].

En France, on retrouve cette mise en avant de l'arbitrage par le compromis à compter de la Révolution, qui le voyait d'un œil favorable[790]. En effet, dans un climat

---

[787]V. par ex. en droit romain : un livre du *Digeste* est entièrement consacré à l'arbitrage fondé sur le compromis, dont l'exécution ne peut être forcée, mais qui soumet la partie qui refuse à s'y soumettre à certaines peines. V. B. de Loynes de Fumichon et M. Humbert, *L'arbitrage à Rome : Rev. arb.* 2003, p. 285, spéc. p. 323. – Y. Jeanclos, *La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle : Rev. arb.* 1999, p. 477. – S. Dauchy, *Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique : Rev. arb.* 1999, p. 763. – A. Lefebvre-Teillard, *L'arbitrage en droit canonique : Rev. arb.* 2006, p. 5.

[788]V. en ce sens : A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, déc. 1994, spéc. p. 111.

[789]Si le compromis n'a été considéré comme ayant force obligatoire que depuis le *Fiqh* moderne, il a en revanche toujours, et contrairement à la clause compromissoire, été reconnu comme parfaitement valide ; V. en ce sens : A. H. El-Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, 1988, spéc. p. 28 et s.

[790]V. en ce sens : E. Jeuland, L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^e^ éd., 2020, n° 2011, qui parle de « relative nouveauté » et, faisant remarquer que la clause était inconnue du Code de procédure originel de 1806 et qu'elle avait été « inventée par la pratique des affaires », ne date pas vraiment sa création, mais sous-entend fortement que cette pratique, et donc son origine, sont postérieures à 1806 ; par ailleurs, notamment aux États-Unis, on sait que la clause compromissoire a très tôt été utilisée, dans la pratique des chambres de commerce de l'époque coloniale (*cf.* en ce sens : Metschikoff, Commercial Arbitration, 61 Colum. L. Rev. 846, 854-55 [1961]) et à l'époque post-révolutionnaire américaine (on sait ainsi que le

post-révolutionnaire, favorable à l'arbitrage, avec pas moins de vingt-six articles consacrés à l'arbitrage[791] dans le Code de procédure civile de 1807, le législateur napoléonien a validé le compromis, que l'on retrouve à l'article 2059 du Code civil (excluant pourtant de son champ d'application la clause compromissoire)[792]. Cette hostilité de principe dans la loi à la stipulation de la clause compromissoire, qui ne s'est pas retrouvée à l'endroit du compromis[793], sera confirmée par la suite par la jurisprudence, avant que celle-ci ne finisse par s'ouvrir à la clause, d'abord sur le plan international, puis interne. Le Code civil et le vocabulaire juridique d'origine semblaient d'ailleurs consacrer le droit de l'arbitrage autour du verbe « compromettre », lequel renverrait d'abord au fait de conclure un compromis, pris ainsi comme la convention d'arbitrage de droit commun (au contraire de la clause compromissoire envisagée comme l'exception à la règle)[794]. Ce, sans parler de la confusion entre l'adjectif « compromissoire » et le terme « compromission » entendu, dans le langage courant et officiel, comme largement négatif (une concession morale, de l'ordre du renoncement).

§ 2. – L'évolution de la clause compromissoire à travers l'histoire contemporaine

188. – Clause compromissoire dans un contrat interne. Alors que le régime du compromis semble avoir été marqué par une remarquable constance et une relative faveur à travers l'histoire du droit, la clause compromissoire n'a pas connu le même sort. Il est difficile de véritablement dater l'apparition de la clause compromissoire : certains auteurs font remonter cette clause à l'époque des premiers contrats d'assurance maritime au XVI[e] siècle ; tandis que d'autres auteurs constatent que l'usage de la clause compromissoire apparaît dans l'organisation des tribunaux ecclésiastiques et notamment dans l'Italie marchande de la fin du Moyen Âge[795]. Sans revenir sur

---

Président Washington inséra une clause compromissoire dans son testament dans l'éventualité, réelle, où ses héritiers devaient entrer en conflit à propos de sa succession ; *cf.* Marcus, Redish et Sherman, *Civil Procedure, A Modern Approach*, West Group, 3rd ed., 2001, spéc. p. 110), V. *supra*, n° 21 et s.

[791]CPC de 1807 (Code instauré par la loi du 14 avril 1806, entré en vigueur en 1807), Livre III, Titre unique : « Des Arbitrages », issu du décret du 29 avril 1806, promulgué le 9 mai suivant (art. 1003-1028).

[792]C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». – B. Moreau, A. Beregoi, R. Descours-Karmitz, P. E. Mallet et A. Leleu, *Répertoire commercial, Arbitrage commercial*, sept. 2013, n° 49.

[793]Par ex. : Cass. 1re civ., 25 févr. 2010 : *Gaz. Pal.* 8 juin 2010, p. 12, note D. Bensaude ; et cité aussi *in Gaz. Pal.* 4 mars 2010, p. 24, note C. Berlaud.

[794]Le mot « compromettre » (lat. *compromittere*) se définit par « conclure un compromis d'arbitrage » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018) ; V. C. civ., art. 2069 et 2060, fondateurs du droit de l'arbitrage, qui tournent largement autour du verbe « compromettre » et indirectement du « compromis ».

[795]En France, la clause compromissoire semble être validée pour la première fois au niveau législatif en matière d'assurances maritimes par une ordonnance royale de 1681. – R. Rodière, *Assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983, n° 197 : « Historiquement, les contrats d'assurance maritime furent les premiers à comporter une pareille clause » ; V. *Traité du droit des assurances*, t. 3, *Contrat d'assurance*, ss dir. J. Bigot, LGDJ, 2002, spéc. nos 2 et 3. – L. Favier, *De la clause compromissoire*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 70-71 ; l'article 1er du décret des 16 et 24 août 1790 réformant l'organisation juridictionnelle disposait : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis », tandis que la Constitution du 3 septembre 1791 proclamait que « le droit des citoyens de terminer définitivement leurs

l'histoire du droit de l'arbitrage déjà envisagé[796], la validité de la clause compromissoire a connu un refus systématique de validité du fait de son « aléa juridictionnel »[797] et était considérée comme « nulle s'il n'est disposé autrement par la loi », selon la formule de l'ancien article 2061 du Code civil issu de la loi du 5 juillet 1972[798]. Puis, des exceptions législatives sont doucement apparues[799] et la clause compromissoire a commencé à s'émanciper à partir de la fin du XIX^e^ siècle. Ce n'est que par la loi NRE du 15 mai 2001[800], modifiant l'article 2061 du Code civil, que le principe de validité de la clause compromissoire « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »[801] a été affirmé, ce dont il résultait, du moins indirectement, que la clause était désormais valable en matière civile, à condition d'exercer une activité professionnelle[802]. L'aboutissement de son émancipation est certainement la rédaction de l'article 2061 du Code civil issue de la réforme de 2016[803], actuellement en vigueur, qui énonce : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée »[804].

189. – Clause compromissoire dans un contrat international. Contrairement aux évolutions législatives sur le plan interne, la jurisprudence a très tôt[805] validé l'efficacité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international. Il a été considéré que les conditions établies par les articles 2059 et 2061 du Code civil prévoyant la distinction entre la clause compromissoire et le compromis ne valaient *a priori* que pour le droit interne[806]. La jurisprudence a assoupli sa position dans son

---

contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif », substituant même le terme « arbitre public » à celui de « juge », dans la Constitution de 1793 puis dans celle de 1795. V. Y. Jeanclos, *La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle : Rev. arb.* 1999, p. 477. – S. Dauchy, *Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique : Rev. arb.* 1999, p. 763. – A. Lefebvre-Teillard, *L'arbitrage en droit canonique : Rev. arb.* 2006, p. 5. – V. J.-J. Clère, *L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) : Rev. arb.* 1981, p. 3.

[796]V. *supra*, n^os^ 21 et s.

[797]Cass. civ., 10 juill. 1843, *C^ie^ d'Alliance* c/ *Prunier : Rev. arb.* 1992, p. 399.

[798]L. n° 72-626, 5 juill. 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

[799]Exemple d'exception, V. C. com., ancien art. 631 issu de la loi du 31 décembre 1925, validant la clause compromissoire en matière commerciale (aujourd'hui à l'article L. 721-3, alinéa 5 du même code).

[800]*JO* 16 mai 2001, p. 7776, spéc. p. 7801 : *D.* 2001, législ. p. 1673 ; les extraits de cette loi ayant trait à l'arbitrage (art. 126 et quelques extraits de l'article 127) sont publiés *in Rev. arb.* 2001, spéc. p. 623.

[801]C. civ., ancien art. 2061, mod. par L. 15 mai 2001 ; V. not. : Rapp. AN n° 2327 de M. Éric Besson, fait au nom de la commission des finances (tableau comparatif), déposé le 6 avril 2000 ; Rapp. AN n° 5 (2000-2001) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé le 4 octobre 2000. Durant les travaux parlementaires, il était question de limiter la validité aux relations entre professionnels « placés dans des situations économiques comparables » sous la réserve de « l'abus de puissance économique », vocabulaire cohérent avec le reste de la loi NRE mais plutôt curieux dans un texte de droit civil.

[802]Sur les nouveaux domaines offerts par la réforme de l'article 2061 du Code civil, V. not. : Th. Clay, *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 194, p. 42.

[803]Loi dite « Justice du XXI^e^ siècle », 18 nov. 2016.

[804]*Cf.* Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXI^e^ siècle : JCP* G 2016, 1295 ; *Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage : Cah. arb.* 2017, p. 17. – Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e^ siècle : Rev. arb.* 2016, p. 1007. – L. Weiller, *Compte rendu de l'atelier du groupe de travail « pratique arbitrale » du Comité français de l'arbitrage – Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2017, p. 1085.

[805]Cass. civ., 21 nov. 1860 : *S.* 1861, 1, p. 331. – Cass. civ., 19 févr. 1930 : *JDI* 1931, p. 90 ; *DH* 1930, p. 228 ; *S.* 1933, 1, p. 41, note Niboyet. – Cass. civ., 27 janv. 1931 : *S.* 1933, 1, p. 41, note Niboyet ; *JDI* 1932, p. 93.

[806]J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6^e^ éd., 1993, n^os^ 5 et s.

célèbre arrêt *Zanzi*[807] où elle a solennellement confirmé le principe de validité de la clause compromissoire internationale, et ce même « sans condition de commercialité ». Ainsi, en matière internationale, et bien avant que le Code civil ne le dispose expressément *via* l'article 2061 issu de la réforme de 2016, c'est le principe de validité de la clause compromissoire qui s'est presque[808] toujours appliqué.

Section 2

Vers une fusion entre le compromis et la clause compromissoire ?

190. – Une convention, deux logiques contractuelles. Au-delà des théories, il est vrai que l'existence même du terme générique de « convention d'arbitrage » a contribué à protéger la clause compromissoire, par un régime juridique unique et unifié, donc davantage solide et efficace, de ses errements passés et de la méfiance qui lui était réservée. On comprend en effet le souci des auteurs et des législateurs consistant à insister sur le caractère conventionnel de l'arbitrage, celui d'uniformiser le régime de l'arbitrage, de donner entière efficacité à la clause compromissoire comme s'il s'agissait d'un compromis et de la préserver des attaques dont elle pourrait faire l'objet, cette distinction n'emportant au final que de « minces » différences de régime.

§ 1. – La coexistence de deux régimes de la convention d'arbitrage

191. – Les conditions communes. Tout d'abord, que l'on soit dans le cas d'un compromis ou d'une clause compromissoire, les deux types de conventions sont soumis au droit commun relativement à la validité des conventions, tel que c'est notamment le cas s'agissant de la condition relative au consentement[809]. De même, la prohibition de « compromettre » pour les matières touchant à l'ordre public, telle que posée à l'article 2060 du Code civil, doit s'appliquer indifféremment à toute convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'un compromis ou d'une clause[810].

192. – Différences chronologiques. On distingue tout d'abord et bien évidemment la clause compromissoire et le compromis par rapport au moment de leur conclusion, avant ou après la naissance du litige. Cette différence a pour conséquence logique le caractère exceptionnel du compromis. En effet, les auteurs ont montré depuis

---

[807] Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Zanzi : Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. Bureau ; *RTD com.* 1999, p. 380, note E. Loquin ; *JDI* 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto.

[808] V. désormais : Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, obs. J. Jourdan-Marques : *Dalloz actualité*, 19 oct. 2020 ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard, V. *infra,* n° 319 et s.

[809] V. *infra*, n° 422 et s.

[810] V. *infra*, n° 259 et s.

longtemps[811] la rareté[812] de la pratique du compromis[813], en expliquant combien il était difficile, et même improbable, pour deux contractants déjà en litige, de s'accorder quant au principe même de la soumission de leur différend à l'arbitrage, et à ses modalités (choix des arbitres et délimitation de leurs missions)[814]. L'analogie est simple à trouver : de jeunes ou futurs mariés peuvent bien plus aisément s'entendre sur leur contrat de mariage, et la répartition patrimoniale à opérer entre eux, au moment de l'heureux événement qu'une fois le divorce, *a fortiori* s'il est litigieux, en ligne de mire. Pour autant, il existe encore des exemples, certains récents[815] ou médiatiques[816] mais qui se sont toutefois mal terminés (ce qui ne milite pas nécessairement en faveur du recours au compromis), où le recours à l'arbitrage, après la naissance du litige et dans l'idée de rationaliser et de mettre fin à de nombreux contentieux judiciaires, est envisagé et prend son sens. Même si *in fine*, on peut s'interroger : que le litige soit né ou à naître, cette différence chronologique justifie-t-elle encore une différence de régime, quand bien même elle n'est plus que parcellaire ?

193. – Différences quant aux conditions de validité de chacune. La « révolution »[817] compromissoire opérée par la loi NRE de 2001, puis la loi de 2016, modifiant l'article 2061 du Code civil[818], faisant passer le régime de la clause compromissoire d'une nullité de principe à une validité de principe, a permis d'élargir le domaine de validité de la clause compromissoire en droit interne français[819]. Ainsi, contrairement au compromis, l'article 2061 du Code civil n'impose plus aucune condition de *validité* à la clause compromissoire autre que celles du droit des contrats et conditionne simplement son *efficacité*, prise en termes d'opposabilité, à ce que celle-ci soit conclue « à raison d'une activité professionnelle ». Cela implique une activité accomplie à l'occasion de l'exercice d'une profession ayant un caractère habituel et lucratif pour son auteur[820]. Cette condition implique de faire la distinction entre les

---

[811]E. Bertrand, *Étude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matières de droit privé*, Marseille, CRESH, 1975, qui faisait déjà état de l'échec patent de l'usage du compromis dans la plupart des matières civiles (à l'époque où la clause compromissoire ne pouvait pourtant pas lui faire concurrence dans ce domaine), et en expliquait les raisons, notamment les difficultés préalables à la mise en œuvre de l'arbitrage (dans 86 % des cas), mais aussi le coût du compromis et la préférence des litigants pour la transaction.

[812]Ph. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001* : *Rev. arb.* 2001, p. 397, spéc. p. 398, qui rappelle que les arbitrages sur compromis sont « rarissimes ».

[813]Que confirment d'ailleurs les enquêtes contemporaines ; V. H. Verbist et J. Erauw, *Enquête concernant l'arbitrage et le monde des affaires : RD aff. int.* 2000, spéc. p. 692 : deux tiers des participants indiquent conclure rarement un compromis et 20 % jamais.

[814]D. Cohen, *Arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1992, n° 39 ; V. égal. : Y. Guyon, *L'arbitrage*, Economica, coll. « Droit Poche », 1995, spéc. p. 24 : « mieux vaut le [l'arbitrage] prévoir et l'organiser à froid, dans l'euphorie de la conclusion du contrat principal, plutôt que d'attendre la naissance du litige et les tensions qui en résulteront pour les parties ».

[815]Comme la vague de compromis contatés en 2020, suite à la paralysie judiciaire qui a résulté de la crise sanitaire.

[816]V. à propos de l'« affaire Tapie », *supra*, n° 170 et s.

[817]A. Mourre, *L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés : Gaz. Pal.* 18-19 déc. 2002, n° 2, cah. arb., 1re partie, p. 22, spéc. n° 1.

[818]Qui disposait alors : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

[819]En ce sens, V. par ex. : Ph. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire*, préc., spéc. p. 416 et s., nos 28 et s. ; V. le dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage » ss dir. Th. Clay : *Dr. et patrimoine* mai-juin 2002, nos 104 et 105, spéc. p. 39 et s. et 51 et s., qui passe en revue l'ensemble des principales matières du droit contemporain susceptibles d'être concernées par la clause compromissoire après 2001, domaines encore étendus après 2016 ; V. S. Amrani-Mekki et ENM, *Les nouveaux marchés de l'arbitrage : vers une privatisation de la justice ? Actes du colloque du 20 décembre 2019 : JCP* G 17 févr. 2020, suppl. au n° 7-8).

[820]En ce sens : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018, V° *Profession*.

professionnels, les non-professionnels et les consommateurs, afin de protéger ces derniers. De plus, l'activité professionnelle doit être une condition bilatérale, il ne suffit pas qu'une partie ait agi pour son activité professionnelle[821]. Malgré la réforme de 2016 de l'article 2061 du Code civil, ce critère professionnel, qui conditionne désormais l'opposabilité de la clause plutôt que sa validité, demeure non seulement pertinent, mais aussi essentiel, comme a pu le rappeler la Cour de cassation dans l'arrêt *PWC* du 30 septembre 2020[822]. D'ailleurs, si la clause compromissoire, même sur le plan international, coexiste encore mal avec le droit de la consommation, il est sans doute possible de dire que le compromis demeure solide et à toute épreuve, voire à toute matière, même consumériste. C'est ce qu'affirmait déjà en 2010 la Cour de cassation, en rappelant l'évidence, à savoir qu'un compromis n'est pas une clause et, partant, ne peut pas être une clause abusive : « Le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif »[823].

§ 2. – Le résultat inversement symétrique de l'assimilation des régimes

194. – Décret du 13 janvier 2011. Ce dernier « unifie le régime juridique de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage, en les englobant au sein d'une même définition (celle de l'article 1442) »[824]. Depuis ce décret, les effets du compromis et de la clause compromissoire ont été définitivement unifiés, emportant principalement renonciation des parties à la compétence des juridictions des tribunaux étatiques qui auraient dû connaître du litige, que cette renonciation ait eu lieu avant ou après la naissance du litige[825]. Même s'il reste encore des nuances, ici et là.

195. – Des différences persistantes et symétriques. Malgré la convergence des textes et du vocable, une condition spécifique applicable uniquement pour le compromis demeure : ce dernier doit, selon l'article 1445 du Code de procédure civile, toujours déterminer précisément l'objet du litige, à peine de nullité, ce qui n'est pas nécessaire pour la clause compromissoire, puisque par définition le périmètre du litige n'est pas encore connu avant sa naissance. Par ailleurs, une différence, marginale mais notable, persiste, non plus s'agissant de la validité de chaque type de convention, mais de son extinction. Comme le prévoit en effet une jurisprudence ancienne[826], l'expiration

---

[821]Ph. Marini et F. Fages, *La réforme de la clause compromissoire : D.* 2001, chron., spéc. p. 2662. – Cass. 1re civ., 29 févr. 2012 : *JCP* G 2012, p. 405, obs. J. Monéger.

[822]Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, préc. ; V. au sujet de cet arrêt, *infra*, n° 319 et s.

[823]Cass. 1re civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126, *X.* c/ *AGPM : Gaz. Pal.* 8 juin 2010, p. 12, note D. Bensaude ; *Gaz. Pal.* 4 mars 2010, p. 24, note C. Berlaud ; *JCP* G 2010, II, 659, note A. Pélissier ; *LEDC* avr. 2010, p. 3, obs. N. Sauphanor-rouillaud ; *D.* 16 mars 2010, act., obs. X. Delpech *JCP* G 2010, I, 516, § 11, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP* G 2010, I, 546, § 7, obs. Th. Clay ; *JCP* G 2010, I, 644, § 1er, obs. Ch. Seraglini ; *JCP* G 2010, act. 278 ; *LPA* 10 oct. 2010, n° 202 ; *Rev. arb.* 2011, p. 139, obs. J. El Ahdab.

[824]Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage : *JO* 14 janv. 2011, n° 0011, p. 773, texte n° 8.

[825]*Cf.* E. Loquin, *Arbitrage, aperçu historique, aperçu de droit comparé : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1010, 2013, § 1 et s. ; V. égal. : E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., Lextenso, 2015, n° 25.

[826]Rouen, 5 juin 1989 : cité par Ph. Pinsolle, note sous Cass. 2e civ., 18 fév. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 299.

du délai fixant la durée de la mission des arbitres statuant en matière de compromis entraîne la cessation de plein droit de leurs fonctions et donc l'expiration du compromis, tandis que l'extinction de l'instance ne met pas fin à l'efficacité de la clause compromissoire et donc à la compétence arbitrale lorsqu'elle résulte d'une telle clause[827]. Ainsi, alors que le champ de validité semble plus ouvert en matière compromis, l'efficacité de la clause compromissoire subsiste et sa renonciation n'est pas caractérisée nonobstant l'extinction de l'instance arbitrale[828]. La différence se justifie par l'épuisement de l'objet du compromis une fois le litige tranché, alors que la clause arbitrale demeure tant que demeure l'éventualité d'un litige couvert par celle-ci.

196. – Au final, si le compromis apparaît mieux résister que la clause compromissoire, dans l'histoire et les domaines, aux conditions de sa validité de fond (et notamment au domaine arbitrable en jeu), tandis qu'il est plus enserré dans la forme (*via* un objet à circonscrire plus précisément), c'est donc la problématique inverse qui se pose pour la clause : alors que ses conditions de forme, notamment *via* le principe d'autonomie, ont été progressivement relâchées (pour devenir presque inexistantes en matière internationale), c'est au regard de son domaine que la clause semble encore receler une certaine fragilité, dépendante qu'elle est du critère professionnel qui s'attache à l'activité d'une des parties. À l'inverse, force est de constater qu'aucun texte, ni aucun arrêt, ne pose de condition, quant au fond, quant à la validité d'un compromis[829]. Ainsi, cette différence au niveau des conditions d'existence reste majeure, malgré la réforme de 2011.

---

[827]Colmar, 21 sept. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 348 ; n. Cohen ; V. aussi Paris, 7 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1994, p. 728, obs. Th. Bernard.

[828]Cass. 2e civ., 18 fév. 1999.

[829]D. Cohen, *Arbitrage et sociétés*, LGDJ, 1992, n° 39.

Les caractères de la convention d'arbitrage

197. – Caractères contradictoires. Les caractères de la convention d'arbitrage apparaissent et resurgissent tout au long de l'étude de l'arbitrage. Même s'ils peuvent paraître contradictoires, par exemple le caractère autonome et accessoire, ils permettent de comprendre l'existence et le maniement de la convention d'arbitrage. Certains caractères sont communs aux deux types de convention (le caractère conventionnel notamment), alors que d'autres peuvent s'imposer, voire n'exister que pour un seul type de la convention. Tel est le cas du caractère accessoire ou du caractère dérogatoire, beaucoup moins pertinents pour le compromis, mais qui concernent fondamentalement la clause compromissoire étant donné son insertion dans un contrat et la méfiance spécifique dont elle fait encore l'objet. C'est pour cette raison que les développements seront parfois, clairement bien qu'implicitement, ciblés uniquement sur la clause compromissoire.

Il ne sera pas ici question de s'intéresser à l'exercice de qualification théorique de la convention, en cherchant à identifier sa nature juridique, mais l'intérêt est de dégager les traits caractéristiques de la convention d'arbitrage permettant d'expliquer tantôt sa limitation, tantôt son épanouissement[830]. Nonobstant la qualification de la clause, il serait hasardeux d'affirmer que la clause compromissoire est assimilée à une catégorie juridique ou à un contrat spécial dont le régime aurait été déterminé en dehors de ses spécificités. C'est la raison pour laquelle on a pu en faire un contrat *sui generis*[831] ou un contrat innommé. La qualification de la clause compromissoire serait à ce stade inutile, puisqu'il serait illogique de s'interroger sur son appartenance à d'autres matières juridiques que la matière contractuelle. La convention d'arbitrage est une source volontaire et contractuelle de l'arbitrage et présente ainsi un caractère conventionnel[832] qui se distingue par son autonomie (Section 1) et par son caractère accessoire au contrat principal (Section 2). Elle permet de déroger aux tribunaux étatiques (Section 3), mais c'est également une convention déterminant le cadre procédural (Section 4).

---

[830]Les deux termes (caractère et nature juridiques) étant le plus souvent tenus pour synonymes ; V. par. ex., F. Gény, *Sciences et techniques en droit positif français*, t. 3, n° 209 ; encore que certains contestent la synonymie entre contrat *sui generis* et contrat innommé ; V. par ex. : J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1994, n° 99.

[831]Par ex. : M. Pedrazzini, *Essentialia e accidentalia della clausola compromissoria*, in *Rec. Travaux suisses sur l'arbitrage international*, ASA, ICCA, Lausanne, 1984, p. 71, spéc. p. 74.

[832]Contrairement à la sentence arbitrale qui, pour certains, aurait à la fois une nature contractuelle et une nature juridictionnelle ; V. à ce sujet, *infra*, n° 1378 et s.

Section 1

Le caractère conventionnel mais autonome de la convention d'arbitrage

198. – Consécration du caractère conventionnel. Le caractère conventionnel de la convention d'arbitrage se déduit non seulement de la terminologie utilisée, mais surtout de sa consécration législative. L'article 1442 du Code de procédure civile qualifie lui-même la clause compromissoire ainsi que le compromis comme étant une « convention ». Ainsi, les deux formes de la convention d'arbitrage sont en effet une stipulation contractuelle et ont la même nature juridique qu'un contrat ou plus généralement qu'une convention[833]. La même approche se retrouve en droit allemand et anglais par exemple. En France, déjà très tôt, la Cour de cassation a affirmé que « les sentences arbitrales qui ont pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel »[834]. De même, « [s]eule la volonté des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »[835]. Par la convention d'arbitrage, les parties acceptent de soumettre leur différend à un (futur) tribunal arbitral. La conséquence de la force obligatoire de cette convention est le caractère obligatoire de la sentence. La convention d'arbitrage est donc clairement soumise à une logique contractuelle (§ 1) mais celle-ci, et particulièrement la clause compromissoire, est traitée, plus ou moins artificiellement, comme un contrat autonome (§ 2).

§ 1. – La logique fondamentalement contractuelle de la convention d'arbitrage

199. – La convention d'arbitrage constitue un fondement de l'arbitrage à tel point que l'on pourrait même être tentés d'assimiler l'arbitrage lui-même à la convention d'arbitrage (A). La clause compromissoire suscite des hésitations quant à la relation qu'elle occupe dans le cadre du droit commun des contrats (B).

A. – L'assimilation de l'arbitrage à la convention d'arbitrage

1° « Entrer en arbitrage » : consentir à la convention d'arbitrage

200. – Consentement. La convention d'arbitrage est la pierre angulaire de l'arbitrage, et le consentement des parties est à la base de cette fondation[836], car c'est

---

[833]Par ex., la loi type CNUDCI (art. 7) prévoit également que la convention d'arbitrage est une « convention ».
[834]Cass. req., 27 juill. 1937 : *D.* 1938, I, 25.
[835]Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 99-19.878.
[836]V. *infra*, n° 422 et s.

bien un accord de volontés entre les parties qui fait naître le pouvoir des arbitres de juger. Ce consentement peut se matérialiser soit par une clause compromissoire stipulée dans le contrat principal, soit par un compromis d'arbitrage conclu après la naissance d'un différend.

Le consentement est donc un élément permettant de définir la personne « partie à l'arbitrage », même si ce terme prête parfois à confusion[837]. S'est donc vite posée la question de savoir si c'est le consentement au contrat ou alors celui, spécifique, à la clause compromissoire qu'il convient de retenir, ce qui renvoie à la question de son autonomie[838]. Il n'en demeure pas moins que « l'arbitrage prend sa source dans le contrat »[839] et la doctrine évoque le « fondement contractuel de l'arbitrage »[840] ou sa « nature contractuelle »[841]. La jurisprudence continue également à faire un lien entre la clause compromissoire et l'arbitrage et affirme que « la convention des parties constitu[e] le fondement légal de l'arbitrage »[842]. Elle se fonde sur la « nature contractuelle » de l'arbitrage pour refuser l'intervention d'un tiers à l'arbitrage[843] et ainsi confirmer le fondement contractuel de l'arbitrage. Selon l'expression de nombreuses décisions américaines, l'idée pouvant aller jusqu'à considérer l'arbitrage comme une « créature du contrat » ou le « fruit du contrat »[844].

Les caractères volontaire et consensuel de l'arbitrage sont parfois tenus pour synonymes, bien qu'ils ne se confondent pas totalement. Pour qu'une personne soit partie à l'arbitrage, elle doit y « consentir », donc exprimer son consentement. Le caractère « volontaire » quant à lui signifie que la soumission à l'arbitrage a été volontaire, plus activement, un peu comme l'intervention, en procédure civile, peut présenter des caractères volontaire ou forcé, principal ou accessoire (V. CPC, art. 63 à 70, 325 et 338). Il est cependant possible de « raccourcir » le raisonnement de la façon suivante : la convention d'arbitrage étant au fondement de l'arbitrage, elle rend cette justice conventionnelle donc volontaire. Dès lors, on rentre en arbitrage comme on y sort, de manière consensuelle, ce qui signifie que, comme pour tout droit contractuel, on puisse y renoncer[845]. Cela signifie aussi, même si cela est théorique[846] et rare, qu'un tiers peut rentrer dans le sas arbitral, en cours de procédure, sans avoir été partie à la convention d'arbitrage au fondement de l'arbitrage, parce que son intervention serait volontaire et consentie par les parties initiales[847]. Dès lors, bien que première, la convention ne serait pas la seule porte d'entrée à un arbitrage.

---

[837]V. *infra*, n° 253.

[838]V. *infra*, n° 209 et s.

[839]S. Guinchard et *al.*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 11e éd., 2021, n° 611.

[840]H. Motulsky, *Études et notes sur l'arbitrage*, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, n° 11.

[841]J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, n° 201.

[842]CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCFT* c/ *Voith : Rev. arb.* 1997, p. 55.

[843]CA Paris, 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. Synvet. – CA Paris, 27 févr. 1997, *Delphi : Rev. arb.* 1998, p. 159, obs. Ch. Jarrosson.

[844]Les juges américains ont placé la question de la détermination de la qualité de partie dans le domaine contractuel ; V. sur cette question : Th. Carbonneau, *Cases and Materials on Commercial Arbitration*, éd. Juris Pub Inc, 1997, chap. 7.

[845]V. Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 983, note J.-Y. Garaud et Ch.-H. de Taffin. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 : *AJC* 2017, p. 343, note M. de Fontmichel ; V. plus généralement *infra*, n° 669 et s.

[846]Bien que prévu dans les règlements et parfois de façon très souple (V. par ex. Règl. CCI [2021], art. 7[5]) ; V. à ce sujet : A. Mourre, *L'intervention des tiers à l'arbitrage : CAPJIA* 2002, n° 1, p. 100.

[847]V. par ex. : CA Paris, 1re ch., 6 févr. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer : « l'assureur qui s'est substitué (…) à l'assuré n'est pas une partie nouvelle dans la procédure d'arbitrage ».

2° Conséquence : exclusion de l'arbitrage « forcé »

201. – L'arbitrage est applicable à des parties qui ont accepté la convention sous-jacente, ce qui signifie que celles qui n'y ont pas consenti, à quelque moment que ce soit, se voient refuser l'accès à l'arbitrage et ne peuvent y être attraites de force. Les juges fondent souvent ce principe du refus d'appliquer la clause compromissoire aux tiers par la logique de l'« inopposabilité » de la clause compromissoire au tiers au contrat[848] ou lui refusent le droit d'invoquer ladite clause[849], conformément à l'article 1199 du Code civil.

Ainsi, la « force » rigide du principe consensuel qui commandait l'application stricte de la clause d'arbitrage au seul litige « contractuel » issu du contrat et aux seules parties contractantes est aujourd'hui fortement assouplie. Encore que la protection du consentement du consommateur *via* la lutte contre les clauses abusives et l'exclusion d'une « adhésion forcée » à la clause compromissoire sont encore vives en droit positif, même en matière internationale, comme l'a rappelé la jurisprudence *PWC*[850]. Mais il reste que le refus de l'arbitrage « forcé » reste une réalité persistante et signifie surtout aujourd'hui qu'une qualification arbitrale fondée, non pas sur un échange de volontés *via* un processus contractuel, mais sur une forme d'obligation « légale » de recourir à un juge « privé » (appelé arbitre) imposé par la loi, est rejetée, à la fois par la doctrine, la jurisprudence, les instruments internationaux et même parfois par le législateur. On songe bien entendu à l'« arbitrage du bâtonnier »[851] notamment pour les litiges entre avocats, mais la même problématique se retrouve s'agissant de la « Commission arbitrale des journalistes »[852], tantôt qualifiée de « juridiction spécialisée »[853], tantôt de « juridiction d'exception »[854]. La conséquence première devrait être que le régime juridique favorable prévu pour les sentences « arbitrales » – au Code de procédure civile et dans les conventions internationales, notamment la Convention de New York – qui résultent de tels « faux arbitrages » soit exclu.

B. – Rapport de la clause compromissoire avec le droit commun des contrats

202. – C'est du fait de son caractère conventionnel que la clause compromissoire est soumise aux principes fondamentaux du droit des contrats et c'est de ce caractère conventionnel que découle tout le régime qui lui est applicable. Cette dimension contractuelle fait également surgir l'idée que la clause compromissoire serait un contrat à lui seul, en tant que tel. Ainsi, l'arbitrage étant immergé dans le droit des contrats, les principes fondamentaux de ce dernier pourraient conduire à réduire l'arbitrage à la

---

[848]Cass. com., 15 nov. 1978 : *Bull. civ.* 1978, IV, n° 262 ; *Rev. arb.* 1989, 69, note B. Moreau.

[849]Cass. com., 4 juin 1985 : *Bull. civ.* 1985, IV, n° 178, p. 149 ; *JCP* G 1985, IV, 183 ; *Rev. arb.* 1987, 139, note J.-L. Goutal ; *RTD civ.* 1986, 593, obs. crit. J. Mestre.

[850]V. *infra*, n° 319 et s.

[851]V. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 21, al. 3, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

[852]C. trav., art. L. 7112-4.

[853]Cons. const., 14 mai 2012, n^{os} 2012-243/244/245/246 QPC : *D.* 2012, 2991, obs. Th. Clay ; *Dr. soc.* 2012, p. 1039, étude A. Sintives ; *Procédures* 2012, p. 223, obs. A. Bugada ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 274-276, p. 15, obs. D. Bensaude.

[854]CA Paris, 4 juin 2009, n° 08/04319, *Sté Libération*, cité par Th. Clay : *D.* 2009, p. 2959. – CA Paris, 4 déc. 2018 : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, pan. 2019.

convention d'arbitrage, et celle-ci à la clause compromissoire. Cette thèse ne devrait cependant pas faire oublier que la clause compromissoire est une « clause » (2°).

1° La clause compromissoire entendue comme un contrat

203. – Deux éléments peuvent conduire à considérer que la clause compromissoire est un contrat en tant que tel. L'un est d'ordre terminologique, l'autre est un principe fondamental de la convention d'arbitrage : son autonomie (qui sera examinée plus en détail plus loin).

204. – Terminologie. D'un point de vue terminologique, l'identification de la clause compromissoire à une convention résulte d'abord de l'usage terminologique qui en est fait. Le droit français désigne la clause comme une « convention ». La jurisprudence n'est pas restée à l'écart de cette généralisation terminologique ; ainsi a-t-elle pu affirmer que cette clause constitue « une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale »[855]. La doctrine a également pu affirmer que « lorsque les parties à une convention contenant une clause d'arbitrage passent cette convention, elles concluent non pas une mais deux conventions »[856]. L'affirmation du caractère contractuel et autonome de la clause compromissoire, telle qu'elle résulte de la doctrine et de la jurisprudence, conduit inexorablement à faire abstraction du fait qu'elle est une stipulation parmi d'autres dans un tout contractuel pour en faire un contrat « à part entière »[857] ou encore « un contrat dans le contrat »[858], détaché donc de la convention qui la contient. La notion de « convention », qui figurait dans l'article 1101 ancien du Code civil, a d'ailleurs disparu du vocabulaire du droit des contrats depuis la réforme de 2016, sans que cela n'affecte ni le texte de l'article 1442 du Code de procédure civile, ni la valeur de la convention, ou du contrat, d'arbitrage.

205. – Autonomie. Le caractère autonome de la clause d'arbitrage[859] contribue aussi à la considérer comme un contrat en tant que tel, puisque le fait que cette convention ne soit pas affectée par le sort du contrat principal laisse penser que deux contrats, imbriqués, sont en jeu : le contrat support et le « contrat » d'arbitrage. Lorsque le contrat est frappé d'un vice affectant sa validité, c'est son contenu, c'est-à-dire les clauses qui le composent, qui en est affecté. Dès lors, l'« immunité » de la stipulation compromissoire conduit à considérer qu'elle n'est pas une simple stipulation du contrat mais bien un « autre » contrat. Cette autonomie, dont il conviendra de mesurer la nature, les caractères et les effets, est l'un des éléments essentiels de l'étude de l'institution arbitrale.

2° La clause compromissoire, une simple clause contractuelle

a) Lien de la clause compromissoire au tout contractuel

206. – La clause compromissoire se réfère aux litiges futurs et éventuels relatifs à un contrat et, de ce fait, ne se conçoit pas et ne devrait pas se concevoir isolément de

---

[855] CA Paris, 8 oct. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 350.

[856] S. Schwebel, *The Severability of the Arbitration Agreement*, in *International Arbitration : Three Salient Problems*, Grotius, 1987, p. 1, spéc. p. 5.

[857] N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection du for en droit international privé*, LGDJ, 1999, n° 296.

[858] Th. Clay, *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage – Ouvertures : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 104, p. 40, spéc. p. 41.

[859] V. *infra*, n° 209 et s.

celui-ci. Il est vrai que l'on oublie parfois que la clause compromissoire est avant tout matériellement, mais surtout juridiquement, une « clause »[860], une partie d'un contrat stipulée en fonction d'un tout. Même si son objet est différent et l'efficacité qu'on veut lui assigner dans l'objectif plus lointain est d'assurer celui de l'arbitrage, il ne peut gommer ce lien entre la portion compromissoire et son tout.

Comme a pu le rappeler un célèbre auteur, évoquer la question de l'autonomie de la clause compromissoire n'implique pas que l'on fasse de cette clause « un véritable contrat séparé doté d'un statut juridique distinct »[861]. À défaut, il faudrait ériger, pour chaque clause du contrat dont l'objet est plus ou moins détachable des clauses substantielles, comme pour la clause d'attribution de for ou la clause pénale, un statut à part, solution irréaliste en forme de dépeçage conceptuel d'un contrat. Enfin, il reste à expliquer que la clause d'arbitrage se transmet automatiquement lors de la transmission du contrat qui en est le support. Si la stipulation compromissoire était réellement un contrat à part entière, elle devrait faire l'objet d'une acceptation supplémentaire par le cessionnaire du contrat principal, ce qui n'est pas le cas et est même contraire à l'objectif de la règle de l'autonomie.

b) Clause compromissoire soumise à l'effet relatif des contrats

207. – La clause demeure une « convention », comme le définit l'article 1442 du Code de procédure civile. Elle est donc soumise, comme n'importe quel contrat, à la relativité des contrats. À la différence du compromis qui, conclu après la naissance du litige, représente un contrat pur et simple dont l'objet, le cadre et les parties sont clairement définis, la clause compromissoire est certes traitée comme une « convention », au sens de l'article 1442 du Code de procédure civile, mais reste, à bien des égards, grevée par son statut de « convention par anticipation » ou hypothétique, dont l'exécution suppose la survenance d'un litige à traiter.

La jurisprudence française a reconnu que le droit de l'arbitrage est fondé, précisément, sur le caractère consensuel de la clause compromissoire et rappelle que la clause compromissoire est directement soumise au principe de l'effet relatif des contrats[862], tel qu'il résulte aujourd'hui de l'article 1199 du Code civil, encore que cette affirmation mérite d'être largement nuancée aujourd'hui. Comme le rappelait un auteur au sujet d'un arrêt, dont la portée a depuis été largement atténuée : « La clause compromissoire reste soumise au principe de l'effet relatif des conventions »[863]. C'est toute l'ambiguïté de la mission juridictionnelle de l'arbitre, qui devrait s'exercer avec plénitude, mais qui « a un effet relatif qui découle directement de l'effet relatif de la convention d'arbitrage à laquelle il doit sa qualité de juge »[864]. De ce caractère relatif ressort également le principe du refus d'étendre la clause compromissoire à des

---

[860]Ensemble de mots ou de phrases contenus dans une stipulation d'un acte juridique ; du latin *claudere* (fermer) qui, paradoxalement, renvoie à l'idée que, pour se comprendre, la clause doit pouvoir se suffire à elle-même (être autonome ?) ; sur la notion et la pratique des clauses contractuelles, V. J. Mestre (ss dir.), *Les principales clauses des contrats*, LGDJ, 2e éd., 2018, Lextenso éd., 2011. – W. Dross, *Clausier*, LexisNexis, 4e éd., 2020.

[861]B. Oppetit, *La clause compromissoire par référence : Rev. arb.* 1990, p. 551, spéc. p. 558.

[862]CA Paris, 19 déc. 1986, *SOFIDIF : Rev. arb.* 1987, p. 359 : « les règles du droit de l'arbitrage, fondé sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permet pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse et fait obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie ; qu'ainsi la solution des difficultés nées de la connexité ou de l'indivisibilité ne peut trouver sa solution que sur le plan contractuel » ; V. aussi : CA Douai, 13 sept. 2001 : *Gaz. Pal.* 2002, p. 756.

[863]Ph. Delebecque, note sous Cass. 1re civ., 6 nov. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 19, spéc. p. 21.

[864]Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, n° 185.

personnes tierces : les tribunaux parlent alors plutôt d'« inopposabilité » de la clause compromissoire[865].

208. – Relativité. Cette relativité ne joue pas qu'à l'égard des tierces personnes, mais aussi des contrats tiers. Ainsi, la jurisprudence continue parfois de refuser son application aux rapports d'obligations, y compris délictuels ou non contractuels, ne résultant pas strictement de la convention où elle est stipulée[866], même si elle utilise la même technique pour, au contraire, favoriser son rayonnement en cherchant une expression plus souple du consentement des parties intéressées[867]. Pour la doctrine, par rapport au droit commun des contrats, la clause présente une originalité dont la conséquence se manifeste tantôt par un simple ajustement des solutions généralistes, tantôt par la mise à l'écart de celles-ci au profit de solutions spéciales. Le développement de ces solutions spéciales est cependant considéré par certains auteurs comme le lieu de regrettables excès[868].

---

[865]Par ex. : Cass. com., 15 nov. 1978 : *Bull. civ.* 1978, IV, n° 262 ; *Rev. arb.* 1987, p. 69, note B. Moreau ; *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. p. 138. – Cass. 1re civ., 6 févr. 2001, n° 98-20.776. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413.

[866]Cass. 1re civ., 16 juill. 1992 : *Bull. civ.* 1992, I, n° 232, p. 154 ; *JCP* G 1992, IV, 2678 ; *Rev. arb.* 1993, 611, note Ph. Delebecque ; V. aussi : E. Loquin, *De la relativité de la clause d'arbitrage stipulée dans une promesse de porte-fort : RTD com.* 1993, p. 295 et s. : « l'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligations qui ne résultent pas de la convention où elle est stipulée » ; V. aussi : CA Paris, 3 oct. 2017, n° 16/22720 ; jurisprudence aujourd'hui fortement nuancée en faveur d'un rayonnement *ratione materiae* de la clause (V. *infra*, n° 604).

[867]V. *infra*, no 614.

[868]S. Bollée, *La clause compromissoire et le droit commun des conventions » : Rev. arb.* 2005, p. 917.

Encart 13

Droit de l'arbitrage et droit des contrats : je t'aime, moi non plus !

L'ARBITRAGE, UNE MATIÈRE CONTRACTUELLE	DISPERSION ET DIVERGENCE ENTRE LES DEUX MATIÈRES
• **Origine conventionnelle et force obligatoire de l'arbitrage, vu comme un contrat spécial :** l'arbitrage est assimilé à un véritable contrat, car c'est une matière qui repose sur la volonté des parties de soumettre le litige à une juridiction privée plutôt qu'à la justice étatique[869]. Pour qu'un acte juridique, tel une clause d'arbitrage, existe et provoque des effets, il doit lier deux parties entre elles et avoir été « accepté » (C. civ., art. 2061). Pour être lié, il faut donc respecter la force obligatoire du contrat : « La liberté contractuelle n'aurait aucun sens, sans la force obligatoire du contrat »[870]. Enfin, l'arbitrage reste envisagé comme un contrat spécial par les auteurs en la matière[871]. • **Ouverture de l'arbitrage à une multitude de domaines qui prennent leur source dans un contrat :** des pans entiers du droit sont ouverts à l'arbitrage, sans désormais plus guère de limitation. Les sociétés, l'immobilier, le travail, la consommation, le sport et toutes les relations à caractère contractuel entre les individus. Plus largement tous les contrats civils classiques, et non nécessairement commerciaux, peuvent désormais	• **Nature mixte et conflictuelle de l'arbitrage :** si l'arbitrage est bien conventionnel dans sa source, son origine, son objet reste un objet juridictionnel[872] et le fait échapper à l'emprise du contrat. Ce pouvoir juridictionnel prend ainsi parfois le dessus sur la nature conventionnelle de l'arbitrage, ce qui rejoint certaines critiques touchant à la « juridictionnalisation de l'arbitrage »[873]. D'ailleurs, on présente les aléas consensuels comme le talon d'Achille de l'arbitrage parfois impuissant face aux limites du consensualisme : protéger le pouvoir juridictionnel des arbitres contre les « malfaçons contractuelles, contre les repentirs ou réticences d'une des parties qui tente d'échapper à ses engagements, contre la fragilité inhérente à ce fondement volontariste »[874]. • **Code civil *versus* CPC :** seules quelques dispositions du Code civil (art. 2059 à 2061) touchent à l'arbitrage et à sa convention, à la frontière avec la transaction, autre technique contractuelle ayant pour objet le résoudre un litige, alors que l'essentiel du régime juridique

[869] V. *supra*, n° 10 ; et *infra* n° 420.
[870] J. Billement, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013, p. 11, § 12.
[871] V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11e éd., 2020, § 744 et s. – J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10e éd., 2019.
[872] V. *supra*, n° 15.
[873] V. *supra*, n° 16.
[874] Th. Clay, *L'efficacité de l'arbitrage : LPA* 2 oct. 2003, n° 197, p. 4.

L'ARBITRAGE, UNE MATIÈRE CONTRACTUELLE	DISPERSION ET DIVERGENCE ENTRE LES DEUX MATIÈRES
	les régissant se retrouve dans le Code de procédure civile[875].
comporter une clause compromissoire « sous la seule réserve que les parties aient la libre disposition de leurs droits », c'est-à-dire la faculté d'y renoncer[876]. La proximité avec la transaction, cette autre convention du Code civil à la frontière de la matière contractuelle et de la matière contentieuse, est évidente. • **Au-delà de la clause compromissoire, l'arbitrage reste un nœud de contrats :** ce n'est pas simplement la clause compromissoire insérée dans un contrat entre deux parties qui touche à la matière contractuelle, mais également une somme d'autres contrats qui innervent la matière arbitrale. Par exemple, le « contrat d'arbitre »[877], qui se forme entre les parties au litige contractuel et l'arbitre (ou les arbitres) qui accepte(nt) sa (leur) mission. Il y a également le « contrat d'organisation de l'arbitrage »[878], qui lie les parties au centre d'arbitrage chargé d'administrer la procédure et de faire l'interface avec le tribunal arbitral. Ou encore, le contrat entre l'arbitre et le centre d'arbitrage[879], l'acte de mission en principe signé par les arbitres et les parties est bien un document contractuel qui lie tous les protagonistes de la procédure, et même la fameuse « ordonnance de procédure n° 1 » qui est pourtant une « décision » procédurale,	• **L'autonomie de la clause d'arbitrage face au contrat[880] :** règle relativement dérogatoire en droit des contrats (même si les pratiques et techniques contractuelles ont tendance à autonomiser chaque stipulation), la nullité, voire même l'inexistence du contrat ne peut affecter la clause compromissoire. Très tôt, la Cour de cassation a considéré que « l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »[881]. • **La convention d'arbitrage déroge à certains principes contractuels classiques[882] :** l'interprétation très restrictive de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ne trouve pas de pendant en droit des contrats : le juge n'est autorisé à exercer qu'un contrôle *prima facie* de la nullité comme de l'inapplicabilité manifestes, qui doivent lui apparaître évidentes, excluant tout examen substantiel et approfondi. Il en est de même, lorsqu'il s'agit d'interpréter la portée ou le sens d'une clause arbitrale : il est rare que le juge use des

[875]V. *supra*, n° 58.
[876]V. *infra*, n° 259.
[877]V. *infra*, n° 860.
[878]CA Paris, 22 janv. 2010 : *JDI* 2009, p. 617, note Th. Clay, où la cour d'appel de Paris parle d'une « offre » pour « l'organisation de l'arbitrage » ; V. *supra*, n° 175 et *infra* n° 867.
[879]V. *infra*, n° 562.
[880]V. *infra*, n° 209.
[881]V. Cass. 1re civ., 7 mai 1963 : *Bull. civ.* 1963, I, n° 246.
[882]V. à ce sujet : S. Bollée, *La clause compromissoire et le droit commun des conventions : Rev. arb.* 2005, p. 917.

L'ARBITRAGE, UNE MATIÈRE CONTRACTUELLE	DISPERSION ET DIVERGENCE ENTRE LES DEUX MATIÈRES
mais que rend le tribunal arbitral consensuellement et au tout début	principes d'interprétation du contrat prévus aux articles 1156 et suivants du Code civil[883]. Il en va de même en matière d'extension ou rayonnement
de la procédure[884]. C'est d'ailleurs sur le terrain contractuel que la responsabilité éventuelle d'un arbitre ou d'un centre est parfois recherchée[885]. • **Beaucoup de techniques contractuelles sont applicables à la clause d'arbitrage :** par exemple, les techniques de circulation du contrat (la clause compromissoire circule avec le contrat : en cas de cession de contrat, de créances/dettes, subrogation, délégation), les cas de substitution contractuelle ou légale (fusion, succession, *etc.*)[886], la renonciation mutuelle[887], l'exécution imparfaite du contrat (nouvel article 1223[888] du Code civil par exemple en cas de mauvaise exécution du contrat d'arbitre ou *a fortiori* de fraude : l'arbitre pourra devoir restituer tout ou partie des honoraires qu'il a perçus) et pour finir, les techniques d'exécution forcée (la condamnation à l'exécution en nature).	de la clause arbitrale à l'égard des non-signataires[890] : le principe de l'acceptation tacite de la clause (résultant d'un comportement, d'une immixtion dans l'exécution du contrat) prévoit l'extension de la clause d'arbitrage au tiers mais sans qu'il soit nécessairement considéré comme devenant partie au contrat lui-même. On parle d'ailleurs souvent sur ce plan d'une « validité et d'une efficacité propres » de la clause d'arbitrage. • **L'arbitrage n'est pas limité aux questions purement contractuelles et en est même parfois exclu :** la convention d'arbitrage peut englober des questions de responsabilité délictuelle[891], sans oublier que l'arbitrage peut englober des litiges d'investissement qui trouvent leurs sources non pas dans un contrat mais dans un traité, voire dans une loi. Dans l'Union européenne, la loi applicable aux obligations contractuelles

[883]Même si les droits anglais ou américains font plus volontiers référence à la technique contractuelle pour interpréter la portée d'une clause d'arbitrage : sur l'interprétation de la portée d'une clause d'arbitrage aux États-Unis, V. *Doctor's Associates, Inc.* v. *Casarotto* (1996) 517 U.S. 681 où la cour confirme le pouvoir des tribunaux de refuser l'application d'une clause d'arbitrage pour des motifs de défense contractuelle généralement applicables, tels que la fraude, la contrainte ou le caractère abusif ; V. aussi : *Continental Bank* v. *Aeakos* [1994] 1 WLR 588, 593 ; *Capital Trust Investments Ltd* v. *Radio Design TJ AB* [2002] EWCA Civ 135 ; *ET Plus SA* v. *Welter* [2005] EWHC 2115 ; pour l'interprétation de la portée d'une clause d'arbitrage au Royaume-Uni, V. *Premium Nafta Products Ltd and others* v. *Fili Shipping Company Ltd and others* (UKHL 2007) 40 ; *Kinoshita & Co Ltd et al.* v. *American Oceanic Corporation*, 287 F.2d 951 (U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit 1961) ; *Tracer Research Corporation* v. *National Environmental Services Company*, 42 F.3d 1292 (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit 1994).

[884]V. respectivement *supra*, n° 13 et *infra,* n° 1167 et s., 1193 et s.

[885]V. *supra*, n° 153 et s. et n° 177.

[886]V. *infra*, n° 562.

[887]Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 ; V. plus généralement *infra*, n° 669.

[888]« Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. »

[890]V. *infra*, n° 604 et s. et not. n° 634.

[891]CA Paris, 2 juin 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 673, note J.-B. Racine. – CA Paris, 15 févr. 2012 : *Cah. arb.* 2012, p. 419.

L'ARBITRAGE, UNE MATIÈRE CONTRACTUELLE	DISPERSION ET DIVERGENCE ENTRE LES DEUX MATIÈRES
• **L'influence de l'arbitrage sur le droit des contrats :** la particularité de la clause d'arbitrage aura probablement influencé le droit des contrats et inspiré l'émergence de clauses autonomes en droit des contrats. Ce qui était autrefois une dérogation majeure au droit des contrats tend à se généraliser pour les clauses juridictionnelles[889].	en matière civile et commerciale impliquant un problème de conflit de lois est déterminée par le règlement Rome I, lequel exclut expressément les conventions d'arbitrage de son champ d'application[892]. • **Une relation juridique toujours triangulaire :** contrairement au droit des contrats qui implique le modèle d'une relation bipartite, l'arbitrage implique nécessairement au moins trois parties (puisqu'il faut compter l'arbitre).

§ 2. – La clause compromissoire, un contrat autonome

209. – Le principe d'autonomie de la clause compromissoire comporte plusieurs facettes bien différentes : l'autonomie par rapport au compromis (A), par rapport au contrat principal (B) et l'autonomie « internationale » (C).

A. – Autonomie par rapport au compromis

210. – D'une simple disposition d'attente, vers l'indépendance de la clause compromissoire. Une autonomie particulière est celle de la clause compromissoire par rapport au compromis. Autrefois, la clause compromissoire a été réduite à une « disposition d'attente »[893], c'est-à-dire une simple promesse de conclure un compromis au moment où un litige survient effectivement[894].

Aujourd'hui il est largement admis que la clause compromissoire vaut obligation *per se* pour les parties, d'une part, de ne pas recourir à un juge étatique et, d'autre part, de soumettre leur litige à un arbitrage, sans qu'il soit nécessaire de réitérer la volonté de recourir à l'arbitrage dans un compromis[895]. De la même façon, il est admis que la clause compromissoire subsiste dans de nombreuses situations qui auraient pourtant éteint un compromis[896] et que l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au compromis contribue à en faire une convention au même titre que ce dernier et, donc, à

---

[889] J. Mestre, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2e éd., 2019, § 1840 et s.

[892] V. Règl. Rome I, art. 1.2 (e.) (CE n° 593/2008) ; v. toutefois le Considérant 8 du Règ. « Rome II » CE 864/2007).

[893] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, Droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, nos 81 et s.

[894] V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11e éd., 2020, n° 771. – M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préf. P. Bellet., GLN Joly, 1990, nos 5 et s.

[895] TGI Paris, ord. réf., 16 nov. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 657, note D. Cohen.

[896] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, nos 388 et s.

le « contractualiser ». L'assimilation de la clause compromissoire à une convention et l'effacement conséquent de sa distinction par rapport au compromis a même conduit un arrêt à affirmer que « la distinction entre la clause compromissoire et le compromis s'abolit en matière internationale, pour se voir substituer la seule catégorie de convention d'arbitrage, laquelle intervient indifféremment à l'égard d'un litige né ou éventuel »[897]. À noter que la nullité de la clause compromissoire n'empêche pas les parties de conclure un compromis[898].

B. – Autonomie par rapport au contrat principal

1° Indépendance de la clause compromissoire

211. – L'autonomie de la clause compromissoire s'entend aujourd'hui principalement de l'indifférence de la clause compromissoire au sort du contrat qui la contient. Cet aspect de l'autonomie, parfois qualifié de « détachement »[899], d'« indépendance »[900] ou de « séparabilité »[901], est largement reconnu dans l'ensemble des systèmes juridiques contemporains[902].

212. – Consécration de l'indépendance de la clause dans les textes. Le droit français exprime clairement cette règle à l'article 1447 du Code de procédure civile qui prévoit expressément que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte » et qu'« elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». De la même façon, « lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ».

213. – Consécration ancienne en jurisprudence y compris si l'existence du contrat est en jeu. Les tribunaux français ont constamment affirmé que la clause est « une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale »[903]. Dans une affaire où la convention d'arbitrage avait été insérée d'abord dans un protocole de cession puis à nouveau dans le protocole transactionnel, la Cour de cassation a confirmé « qu'en l'absence de stipulation expresse, dans le "protocole transactionnel" tenant à anéantir la clause compromissoire incluse dans le protocole de cession, cette clause, qui demeurait autonome par rapport au protocole la contenant, ne pouvait se trouver affectée par l'inefficacité partielle de celui-ci du fait du "protocole transactionnel" »[904]. Ainsi, l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à la convention principale dans laquelle elle est insérée est consacrée, quand bien même celle-ci serait éteinte par l'effet d'une transaction. C'est donc même lorsque l'existence

---

[897]CA Paris, 17 janv. 2002 : *Rev. arb.* 2002, p. 391, note J.-B. Racine ; v. plus généralement, *supra*, n° 190 et s.

[898]Cass. com., 13 nov. 1972, n° 71-10.942, *Trans United*.

[899]J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, Droit interne, droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, n° 158, 283.

[900]Expression d'abord et notamment utilisée dans l'arrêt : Cass. 1re civ., 21 mai 1997, *Jaguar : Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard.

[901]P. Mayer, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire : Rev. arb.* 1998, p. 359.

[902]Par ex. : LDIP suisse, art. 178, al. 3 ; C. jud. belge, art. 1697 ; CPC néerlandais, art. 1053 ; CPC italien, art. 808, al. 3 ; ZPO allemand, art. 1040, al. 1er ; pour une étude comparée, V. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, 2002, p. 746-749.

[903]CA Paris, 8 oct. 1998, *Sam.* c/ *Perrin : Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout ; V. aussi : CA Paris, 22 janv. 2019, n° 16/23370 : *Dalloz actualité*, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques.

[904]Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 11-14.692, F-P+B, *De Clerck* c/ *Sté GEF : Rev. sociétés* oct. 2014, p. 584-587, note B. Le Bars. – Cass. 1re civ., 9 juill. 2014, n° 13-17.495 ; V. aussi : CA Paris, 21 janv. 2010, n° 08/19673, *Inversiones Errazuriz Limitada SA* c/ *Sté Kreditanstalt für wiederaufbau* qui affirme que « la transaction ne prive pas d'efficacité la clause compromissoire (…) ».

du contrat principal est en jeu que l'autonomie s'affirme, ce qui se retrouve souvent aussi lorsque la novation est invoquée[905]. La Cour de cassation a de nouveau démontré cette approche protectrice envers l'autonomie de la clause compromissoire en énonçant que cette dernière s'applique même en l'absence de toute pièce pouvant s'analyser comme un commencement de preuve[906].

2° Objectif : l'efficacité de la clause compromissoire

214. – La règle d'autonomie signifie que, chaque fois que le contrat fait l'objet d'une allégation contestant notamment sa validité ou son existence, la clause compromissoire ne sera pas affectée par ces remises en cause. Autrement dit, la nullité du contrat principal, ou même son inexistence, n'implique pas celles de la clause. Et *vice versa*, lorsque c'est seulement la clause qui est nulle, elle sera réputée non écrite et le contrat principal reste valable. Si la cause de nullité concerne cependant aussi bien le contrat que la clause compromissoire, les deux en seront affectés.

La doctrine a justifié le principe d'autonomie de la clause compromissoire par la différence d'objet[907]. L'autonomie de la clause est ainsi une manière d'assurer la plus vaste étendue à la compétence de l'arbitre, notamment celle de statuer sur la validité ou l'existence de la clause compromissoire, c'est-à-dire finalement sur sa propre compétence. En conséquence, le principe d'autonomie devrait être compris comme tourné vers l'efficacité de la clause d'arbitrage et de la compétence des arbitres. L'objectif de l'autonomie est ainsi de protéger l'efficacité procédurale de la clause contre des obstacles susceptibles de découler d'une invalidité ou d'une remise en cause du contrat principal et de retarder la mise en œuvre de l'arbitrage.

C. – Autonomie « internationale » de la clause compromissoire

1° Double émancipation de la clause compromissoire

215. – L'autonomie est aussi « internationale » puisqu'il s'agit d'une émancipation de la clause compromissoire non seulement par rapport à la loi du contrat, mais également par rapport à toute loi étatique. En termes de loi applicable, il n'y a pas de lien entre la loi du contrat au fond et la loi de la clause d'arbitrage[908]. De même, la licéité de la clause est détachée de toute loi étatique. La question de la licéité de la

---

[905]V. Cass. 1re civ., 10 mai 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 639, note Ch. Jarrosson ; V. aussi : Cass. 1re civ., 9 mars 2011, n° 10-11.986, inédit ; V. CA Aix-en-Provence, 6 févr. 2020, n° 19/14154, *Airbus Helicopters*, in *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, chron. J. Jourdan-Marques ; V. toutefois en matière maritime : CA Paris, 5e ch. A, 20 nov. 2007 : *DMF* 2009, p. 260. – CA Aix-en-Provence, 2e ch., 7 mai 2009, n° 2009/203 : « La clause attributive de juridiction insérée dans une lettre de garantie fait novation à la clause compromissoire initiale et se substitue à la clause initiale de la charte partie. Il n'y a pas lieu d'appliquer le principe compétence-compétence » ; V. plus généralement : P. Ancel, *Arbitration et novation : Rev. arb.* 2002, p. 3.

[906]Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n° 13-15.827 : la Cour de cassation décide que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci » et censure l'arrêt d'appel qui avait décidé que l'autonomie de la clause compromissoire ne pouvait pas être invoquée puisque l'autonomie ne saurait suppléer l'absence de preuve ou de commencement de preuve par écrit de la convention d'arbitrage.

[907]H. Motulsky, *Études et notes sur l'arbitrage*, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, p. 345.

[908]Comme permis par l'article V, alinéa 1 a) de la Convention de New York ; d'où l'émergence, à partir des années 2010, d'une jurisprudence sur le droit spécifiquement applicable à la convention d'arbitrage (V. *infra*, n° 460).

clause d'arbitrage dépend donc de la règle matérielle de l'arbitrage international et ainsi de la seule volonté des parties, unique source et mesure de l'existence et de l'efficacité de la clause compromissoire. Pour certains auteurs, c'est un « aboutissement ultime »[909] du caractère autonome de la clause compromissoire.

216. – ***Dalico* et *Zanzi*.** Dans sa célèbre décision *Dalico*, la Cour de cassation a expliqué que la clause compromissoire est indépendante non seulement par rapport au contrat principal qui la contient, mais également par rapport à une loi étatique applicable, et ce sur le fondement d'une « règle matérielle du droit international de l'arbitrage »[910]. Dans la même ligne, en invoquant le principe de la validité de la clause d'arbitrage international et le principe compétence-compétence, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Zanzi*, a censuré un arrêt d'appel qui avait déclaré une clause compromissoire nulle sur le fondement de l'article 2061 du Code civil en l'absence de commercialité du contrat qui en était le support, en raison, là encore, du caractère international de la règle « matérielle » de validité de la clause compromissoire dans un contrat international[911]. Cette approche, qui a longtemps été réaffirmée[912], mais qui est désormais avec nuance depuis la jurisprudence *PWC*[913].

2° Conséquence : licéité de la clause compromissoire dans l'arbitrage international

217. – La conséquence de la reconnaissance du caractère autonome de la clause d'arbitrage, en matière internationale, consiste à lui confier un statut égal, voire même supérieur par rapport au contrat qui la contient : la clause serait presque indestructible et survivrait au contrat dans lequel elle est stipulée. Ainsi, le fait de constituer la clause compromissoire en un contrat à part entière, donc de la séparer juridiquement du contrat qui en est le support, pourrait produire deux types d'effets distincts.

Côté positif, la clause compromissoire n'est pas affectée par les vices affectant le contrat principal, mais, du côté négatif, elle ne devrait pas non plus être affectée par l'évolution du contrat et donc être automatiquement transmise avec le contrat. Ce postulat qui consisterait à faire de la clause compromissoire un contrat à part et à appliquer le principe d'autonomie jusqu'au bout de la logique doit donc être nuancé, au risque autrement d'aboutir à des incohérences, aussi bien juridiques que logiques, dans le régime de cette clause si spécifique. La clause compromissoire est avant tout une stipulation contractuelle parmi d'autres, aussi autonome soit-elle, et qui d'ailleurs s'interprète, en cas de difficulté, avec l'ensemble des autres parties du contrat. L'artifice qui viserait à en faire un contrat détachable, isolé, ne peut ainsi être poussé à l'extrême. Le principe d'autonomie doit donc être compris uniquement dans le souci d'assurer l'efficacité de la clause aussi pleinement que celle d'un compromis et de la prévenir des attaques dont elle pourrait faire l'objet *via* le contrat.

Entendue ainsi, il est sans doute plus aisé d'articuler cette autonomie, constamment affirmée, avec l'accessoirité de la clause compromissoire, autre caractère indéniable et qui participe de son régime juridique par ailleurs.

---

[909] J.-P. Ancel, *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire : Travaux comité fr. DIP* 1991-92, p. 75.

[910] Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico : JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer.

[911] Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-24.430, *Zanzi : D.* 1999, 31 ; *Rev. crit. DIP* 1999, 546, note D. Bureau ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

[912] Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, n° 02-13.252 : *Rev. arb.* 2006, p. 106. – CA Paris, 7 avr. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 747.

[913] V. *infra*, n° 319.

Section 2

Le caractère accessoire de la clause compromissoire

218. – Si la clause compromissoire n'est pas un contrat totalement autonome du contrat qui en est le support, elle est en revanche considérée comme un accessoire de ce contrat principal (§ 1). Ce caractère accessoire s'oppose *a priori* au caractère autonome (§ 2), mais c'est le premier qui devrait primer et permettre à la clause compromissoire de s'épanouir avec, ou malgré, le contrat, c'est-à-dire de circuler ou rayonner, à l'égard d'autres contrats ou vers des tiers.

§ 1. – Consécration du caractère accessoire de la clause compromissoire

219. – Nature de l'accessoirité de la clause compromissoire. La notion d'« accessoire » est, en droit, doublement ambivalente puisqu'elle est à la fois un constat pas toujours évident (est accessoire ce « qui est lié à un élément principal mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui »[914] ou encore, « l'accessoire est une chose qui s'ajoute à une autre »[915]) et en même temps un régime juridique complexe puisqu'un élément accessoire, en principe, « suit le sort du principal » (*accessorium principale sequitur*).

Certains auteurs considèrent que la clause est un accessoire d'une créance contractuelle[916] puisqu'elle sert à résoudre le conflit qui viendrait à naître si la créance contractée devenait litigieuse. Parfois, on évoque la clause compromissoire accessoire au service des clauses principales du contrat[917] ou au contrat principal[918], c'est-à-dire à l'ensemble de ce contrat dans toutes ses stipulations. Le droit international évoque le rattachement à un « rapport de droit déterminé » non nécessairement contractuel d'ailleurs[919]. Parfois aussi, et plus souvent encore, c'est le droit d'action auquel la clause est « raccrochée »[920]. Enfin, la clause compromissoire pouvait être « aisément

---

[914]G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018, V° *Accessoire*.

[915]G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime « Accessorium sequitur principale »*, préf. D. Tallon, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1969, n° 18, p. 34.

[916]E. Loquin, note ss CA Paris, 28 janv. 1988, *EDIF : JDI* 1989, p. 1021. – Ph. Delebecque, *La transmission de la clause compromissoire : Rev. arb.* 1991, p. 19, spéc. p. 19. – P. Mayer, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, art. préc., spéc. n° 5.

[917]En ce sens : P. Mayer, note ss CA Paris, 28 nov. 1989 et 8 mars 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 675.

[918]En ce sens : X.-Y. Li, *La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international*, thèse, Dijon, ss dir. E. Loquin, 1993, n° 24.

[919]V. par ex., l'article II.1 de la Convention de New York rappelle que : « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

[920]Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *ABS* c/ *Amcor : JCP* G 2007, I, 168, obs. C. Seraglini ; *D.* 2007, p. 2077, obs. X. Delpech, et note S. Bollée ; *ibid.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 785, note J. El Ahdab ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2008, p. 541, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2007, p. 677, obs.

considérée comme l'accessoire du bien transmis, qui suit donc ce dernier »[921]. Que le principal auquel est affectée la clause compromissoire soit le contrat lui-même, sa créance, ou encore le droit d'action, ladite clause présente toujours un caractère fondamentalement accessoire et donc dépendant vis-à-vis du contrat. Ce constat juridique se retrouve dans la loi (A), comme en jurisprudence (B).

A. – Consécration législative implicite

220. – La clause compromissoire ne tire pas son caractère accessoire du seul fait qu'elle figure dans le même instrument que le contrat principal[922], mais l'accessoriété est une question de fond et la présence d'un même moule contractuel est davantage un indice de forme qu'un fondement juridique véritable.

Les textes du droit français ou droit international reconnaissent le caractère accessoire de la clause compromissoire de façon implicite. La notion d'accessoriété peut être retrouvée dans de nombreux articles du Code civil[923], mais deux intéressent spécifiquement la question de la circulation de la clause compromissoire. L'article 1321, alinéa 3 du Code civil dispose que la cession de créance « s'étend aux accessoires de la créance » (l'ancien article 1692, dont il est issu après l'ordonnance de 2016, ajoutait « tels que caution, privilège et hypothèque »). La jurisprudence s'est fondée, parfois implicitement[924] parfois explicitement, sur ce texte pour permettre à des tiers, substitués à l'une des parties à la clause compromissoire en vertu d'une cession de créance, d'invoquer ou de se voir imposer la clause compromissoire. La même logique se trouve dans à l'article 1346-4 du Code civil : « La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier »[925]. Et sur ce terrain aussi, la jurisprudence a très souvent intégré la clause compromissoire dans la liste des accessoires transférés[926].

Enfin, et peut-être surtout, l'article 2061 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 18 novembre 2016, dispose que « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, *à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* ». Le « successeur » des droits et obligations, ou l'ayant droit, bénéficie, ou subit ainsi la clause compromissoire, et l'on voit mal, au regard des figures du droit des contrats, comment cette circulation[927] pourrait se faire autrement que par la logique accessoire au mécanisme juridique qui assure cette « succession ».

E. Loquin.

[921] J.-L. Goutal, note ss Cass. com., 4 juin 1985 : *Rev. arb.* 1987, p. 139, spéc. p. 145.

[922] Dans le même sens et plus radicalement encore V. : F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1994, n[os] 68 et s.

[923] Par ex. C. civ., art. 1018 et 1615.

[924] Le plus souvent, les décisions ne visent pas expressément cet article, mais utilisent les mêmes expressions et logiques.

[925] L'ancien article 1250, 1° du Code civil disposait : « La subrogation est conventionnelle lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits et actions, privilèges et hypothèques contre le débiteur ».

[926] V. *infra*, n° 221.

[927] V. *infra*, n° 561.

B. – Consécration jurisprudentielle explicite

221. – Si les fondements textuels ne font pas défaut, le rôle de la jurisprudence dans l'affirmation du caractère accessoire de la clause compromissoire a sans doute été déterminant. Très tôt, on retrouve des arrêts d'appel affirmant implicitement cette accessoriété en matière interne[928]. Il en est ainsi en matière de cession de contrat qui « comportait nécessairement le transfert du bénéfice de la clause compromissoire »[929] ou encore qu'elle « implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause d'arbitrage indissociable de l'économie du contrat »[930]. L'indissociabilité entre la clause compromissoire et le contrat principal révèle bien ce caractère accessoire de ladite clause vis-à-vis du contrat.

Dans un arrêt *Carter*, la cour d'appel de Paris a explicitement invoqué la notion d'accessoirité en décidant que la créance est soumise au créancier subrogé « avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissoire, dont il est fondé à se prévaloir et qui s'impose à lui »[931]. L'idée d'accessoire de la créance est également présente dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Implicitement d'abord : « la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des parties, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé »[932]. Et plus explicitement, quand la Cour de cassation avait affirmé, en visant expressément l'ancien article 1692 (actuel article 1321) du Code civil, que « la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance » et que par conséquent « la clause d'arbitrage avait été transmise au cessionnaire avec la créance »[933].

Ce vocabulaire explicite a été également repris parfois par la jurisprudence arbitrale. Ainsi dans une célèbre sentence[934], le tribunal arbitral a décidé qu'à la suite du transfert de certaines actions détenues par le demandeur au profit d'une autre société cessionnaire, « le droit acquis pour [le cédant] d'invoquer la clause compromissoire est lié à son investissement » « et peut être transféré avec ses actions ». D'où l'acquisition par la cessionnaire de « tous les droits attachés aux actions, y compris le droit de recourir à l'arbitrage ». C'est enfin la même référence explicite qui désormais prévaut en matière de chaînes de contrats translatifs, où la référence explicite à la clause comme « accessoire du droit d'action » est consacrée depuis les années 2000[935], mais aussi en matière d'exercice de l'action directe d'une victime d'un dommage contre l'assureur[936].

---

[928]Par ex. : CA Paris, 17 avr. 1928 : *JDI* 1929, p. 346.
[929]CA Paris, 26 mai 1992, *Guyapêche : Rev. arb.* 1993, p. 625, note L. Aynès.
[930]CA Paris, 28 janv. 1988. – CA Paris, 25 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2001, p. 165.
[931]CA Paris, 6 févr. 1997, *Carter : Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer.
[932]Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Worms : Bull. civ.* 1999, I, n° 1 ; *Rev. arb.* 2000, p. 85, note D. Cohen.
[933]Cass. 2e civ., 20 déc. 2001, *Le Trident : Bull. civ.* 2001, II, n° 198 ; *Rev. arb.* 2002, p. 379, note C. Legros.
[934]Sent. CIRDI, 25 sept. 1983, *Amco Asia Corporation et a.* c/ *Indonésie : JDI* 1986, p. 197, obs. E. Gaillard.
[935]Cass. 1re civ., 6 févr. 2001, n° 98-20.776, *Peavey*. – Cass. 1re civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842, *ABS* c/ *Amcor, préc.*
[936]Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, F-D, n° 17-28.951 : *Dalloz actualité*, 28 févr. 2019, obs. V. Chantebout.

§ 2. – Articulation entre les caractères autonome et accessoire

A. – Critiques exprimées à l'encontre du caractère accessoire

222. – Les critiques à l'encontre de l'accessoirité diffèrent selon qu'il s'agit de l'accessoirité par rapport à la créance contractuelle ou par rapport au contrat principal et ses clauses, lesquelles font d'ailleurs abstraction d'un rattachement au droit d'action. Pour inscrire la clause compromissoire dans le cadre du principe de l'opposabilité des exceptions, la jurisprudence a eu l'occasion de la qualifier d'exception[937], alors que ce principe est classiquement considéré comme visant les exceptions qui, selon le vocabulaire utilisé dans le Code civil[938], éteignent la dette ou affectent substantiellement la satisfaction du créancier (d'où l'adjectif d'exception « inhérente » à la dette). Toutefois, la clause compromissoire semble être exclue d'une telle qualification dans la mesure où elle n'éviterait en principe pas le recouvrement de la créance, ni ne participerait à l'extinction de la dette, mais permet d'en obtenir le paiement éventuel autrement, à l'issue d'un procès arbitral. Si la clause compromissoire doit être qualifiée d'exception, c'est bien d'une exception de procédure[939].

Il reste le rattachement accessoire de la clause compromissoire au contrat qui la contient. En lui appliquant strictement l'adage selon lequel l'accessoire suit le sort du principal, le caractère autonome de la clause compromissoire vient directement contredire ce principe et empêche de lui appliquer le régime qui en découle. Outre que ce débat fait abstraction du rattachement de la clause au droit d'action, le point d'équilibre est donc à chercher ailleurs.

B. – Primauté du caractère accessoire sur le caractère autonome

223. – Au regard de la clause compromissoire, l'affirmation de son caractère accessoire est à la recherche d'un équilibre entre appartenance et émancipation. L'obligation accessoire est toujours secondaire par rapport à une autre, principale, elle vient toujours derrière elle et elle est un véritable facteur d'épanouissement puisque ce qui est accessoire vient puiser sa force dans l'obligation principale comme le fait la

---

[937] Cass. 1re civ., 13 mai 2020, n° 18-25.966 : « L'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure ».

[938] V. not. C. civ., art. 1328 qui évoque, comme « exceptions inhérentes à la dette », la nullité, l'exception d'exécution, la résolution ou la compensation (tandis que l'ancien article 1234 citait de manière plus globale le paiement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou la rescision, la condition résolutoire, la prescription).

[939] Cass. 1re civ., 13 mai 2020, n° 18-25.966, *Kimmolux : Dalloz actualité*, 12 juin 2020, obs. G. Sansone ; *Procédures* 2020, comm. 147, obs. L. Weiller : « l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure » ; V. aussi Cass. 1re civ., 6 juin 1978 : *Rev. arb.* 1979, 230, note P. Level. – Cass. 3e civ., 13 mai 1981 : *Rev. arb.* 1983, 110. – Cass. 1re civ., 9 oct. 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 205 : *Rev. arb.* 1991, 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy. – Cass. 1re civ., 6 nov. 1990 : *Rev. arb.* 1991, 73, note Ph. Delebecque. – Cass. 1re civ., 3 févr. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 31 ; *JCP* G 2010, I, 546, § 8, obs. Th. Clay. – Cass. 1re civ., 14 avr. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 96 ; *Rev. arb.* 2010, 496, note P. Callé ; *RJ com.* 2010, 84, obs. B. Moreau ; V. *infra*, n° 250.

clause compromissoire au regard du contrat qui la contient. Un auteur[940] a pu mettre en évidence le rôle de la règle de l'accessoire comme moteur de diffusion des effets du contrat en dehors du cercle des parties contractantes initiales. Ce qui vaut pour la théorie générale des obligations, le serait alors également pour la clause compromissoire.

Il a déjà été expliqué à quel point l'autonomie de la clause compromissoire est à relativiser[941]. Ainsi, il est nécessaire de mettre en balance les deux caractères, autonomie et accessoirité. Il serait difficile de voir dans la clause compromissoire un contrat distinct, puisque la clause est inconcevable sans le reste du contrat, sans lequel elle perdrait tout simplement son sens et son intérêt. De même, il ne serait pas possible de conclure une clause compromissoire pour tous les rapports entre des parties[942]. Enfin, l'objet même de la clause compromissoire est constitué par les clauses litigieuses du reste du contrat. C'est la raison pour laquelle il est difficile de parler de la clause comme d'un « contrat » accessoire. La clause compromissoire est une clause, parmi d'autres, participant à l'élaboration du régime juridique du contrat.

Le caractère accessoire de la clause n'est d'ailleurs pas nécessairement antinomique par rapport au principe d'autonomie puisque ce dernier n'a pas la portée extrême qu'on a parfois voulu lui attribuer. La clause compromissoire devient séparable du contrat dans la situation où elle contribue à régler le sort du contrat, y compris si l'on en conteste l'existence ou la validité. Il s'agit en effet de faire respecter la volonté initiale des parties qui ont justement cherché à soumettre à l'arbitrage tout litige, même existentiel, relatif au contrat. Comme indiqué, le principe d'autonomie réalise donc un objectif d'efficacité de la clause compromissoire tel qu'implicitement voulu par les parties[943]. Dès lors que le caractère accessoire y contribue également, il n'y a pas de raison de l'opposer à l'autonomie.

Si, au final, les caractères accessoire et autonome de la clause compromissoire peuvent coexister sans grande difficulté, puisqu'ils contribuent tous deux à en assurer son épanouissement, il n'en va pas de même du caractère dérogatoire, qui grève indiscutablement, à tort ou à raison, son efficacité.

Section 3

Le caractère dérogatoire de la clause compromissoire

---

[940]A. Weill, *La relativité des conventions en droit privé*, thèse, Strasbourg, 1938, spéc. n° 62 ; V. aussi, développant la même idée de façon contemporaine : M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, thèse, Paris II, LGDJ, 1996, n° 222 : « exception à l'article 1156, la règle du transfert de l'accessoire permet à un tiers, dont le consentement n'a pas contribué à la formation du contrat, de se substituer à l'une des parties dans le rapport de droit contractuel ».

[941]V. *supra*, n° 217.

[942]De la même façon, un tribunal étatique ne peut pas être compétent pour *tous* les litiges relatifs à des personnes déterminées, abstraction faite de leur domicile, de la localisation du litige ou de sa nature.

[943]En ce sens : S. Poillot-Perruzetto, note ss Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Worms : JDI* 1999, p. 784, spéc. p. 791 : « dès lors que l'on raisonne en termes de fonction, il n'y a plus antinomie entre autonomie et accessoire ».

224. – De façon similaire au caractère conventionnel, le caractère dérogatoire manifeste une limitation *ratione personae* à l'efficacité de la clause d'arbitrage. La clause compromissoire trouve sa « dérogation » dans plusieurs fondements (§ 1). En droit français, ce caractère dérogatoire de la clause compromissoire a toujours rencontré une certaine méfiance, ce qui explique comment elle a été limitée dans son principe, son efficacité et son rayonnement (§ 2). Mais cette suspicion, qui doit être nuancée, n'explique pas tout, justement car la dérogation à ce qui est perçu comme la « norme » doit être relativisée (§ 2).

§ 1. – Fondements du caractère dérogatoire

225. – Le caractère dérogatoire se manifeste à travers le régime applicable à la clause compromissoire. Ainsi, sans même évoquer les jurisprudences *Prunier* et *PWC*, dans le cadre d'un litige d'ordre professionnel, la cour d'appel de Versailles a pu récemment confirmer que les « textes régissant les clauses compromissoires (…) ont pour objet de déroger aux règles naturelles de compétence juridictionnelle (…) »[944]. La notion de dérogation signifie quant à elle une « exception apportée, dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale qui par ailleurs demeure » et la clause est dérogatoire quand elle « écarte, dans des limites déterminées, la règle normalement applicable »[945]. L'idée est bien que la clause compromissoire, en ce qu'elle institue par avance une justice d'exception[946], évince par là la compétence des tribunaux normalement compétents pour trancher le litige couvert par la clause ? Dès lors, étant exceptionnelle, elle devrait *a priori* faire l'objet d'une restriction et être cantonnée à certains domaines et dans certaines limites. Il faut noter que cette approche se retrouve d'abord dans l'ordre interne, le caractère « anormal » de la justice arbitrale étant fortement atténué justement par l'absence d'une « norme » juridictionnelle dans l'ordre international[947]. Cette conception dérogatoire prend donc racine, d'abord dans des questions de « hiérarchie de légitimité »[948] entre justices arbitrale et étatique (A), mais aussi dans l'existence, ou non, de garanties processuelles arbitrales (B) et, enfin au travers de risques spécifiques liés à la conclusion d'une clause arbitrale (C).

A. – Approche souverainiste : dérogation par rapport à la justice étatique

226. – Pouvoir régalien de l'État comme source exclusive de production du droit. L'un des premiers arguments à être invoqué à pour appuyer le caractère dérogatoire de la clause compromissoire se fonde sur le fondement souverainiste[949]. C'est en effet dans les pouvoirs régaliens et traditionnels de l'État que figure celui de

---

[944]CA Versailles, ch. 14, 20 nov. 2013, n° 13/01621 : *Cah. arb.* 2014, p. 88, note P. Pedone et J. Fouret.

[945]G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018, Vis *Dérogation* et *Dérogatoire*.

[946]Terme que l'on retrouve dans la doctrine mais pour évoquer certains arbitrages obligatoires tels que l'arbitrage du bâtonnier ou de la Commission arbitrale des journalistes ; V. Ch. Jarrosson, *Arbitrage et juridiction*, in *La fonction de juger : Droits* 1989, n° 9, p. 107 et s., spéc. p. 115.

[947]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., 2015, nos 114 et s.

[948]V. à ce sujet, *supra*, n° 115.

[949]B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, spéc. p. 26 et s. et dans son article *Justice étatique et justice arbitrale*, in *Mél. P. Bellet*, Litec, 1996, p. 415, spéc. p. 418, qui montre, non sans nuances, que « la conception française de la justice a fait de celle-ci une émanation pure et simple du souverain ».

rendre la justice. La clause compromissoire « menacerait » donc le service public de la justice. L'enjeu pour l'État est d'affirmer, par l'exercice de la justice, le monopole de l'autorité et de la force sur tout le territoire national ainsi que l'unité du droit et de son application sur ce même territoire. La Cour d'appel anglaise avait ainsi pu affirmer autrefois qu'« il n'y a pas un coin du bois de trousse-chemises en Angleterre qui échappe à la juridiction royale »[950]. Avec l'émergence relativement récente de la notion juridique d'État, c'est cette idée qui a pu expliquer l'hostilité contemporaine à l'encontre de la clause compromissoire.

227. – Litiges intéressant l'État. C'est aussi la raison pour laquelle certains domaines impliquant étroitement l'État sont, encore aujourd'hui, exclus de l'arbitrage. L'État souhaite ainsi garder la main sur certains contrats publics et contrôler leur exécution. Ce qui pose également la question de la spécificité et de la nécessité, en droit français du moins, des juridictions administratives. Certaines matières intéresseraient tellement la chose publique qu'elles ne pourraient échapper à la compétence des tribunaux étatiques et que les justiciables ne sauraient, par convention, prévoir à l'avance leur règlement privé. Ce principe explique pourquoi certains domaines dits d'ordre public seraient inarbitrables.

228. – Contrôle étatique sur l'autorité qui tranche le litige. La mission de rendre justice étant habituellement conçue comme régalienne et confiée à des magistrats (fonctionnaires) par une loi souveraine, empêcherait de la confier à des individus privés : le fait de rendre justice « au nom du peuple » ne saurait être placé en concurrence avec la justice rendue par un juge privé qui ne tire son autorité que de la volonté de particuliers. Ainsi envisagé, l'arbitrage ainsi institué par voie privée ne pourrait être toléré que dans des limites encadrées. L'arbitre, donc le particulier et tiers contractuel aux parties, ne saurait également être assimilé à un juge, investi, lui, de l'*imperium* et de l'autorité de l'État. En droit comparé, c'est aussi le sens de critiques[951] plus modernes, entendues de l'autre côté de la Manche dans un système anglais où l'accès aux précédents jurisprudentiels est encore plus essentiel à la construction du droit positif. On y a pointé du doigt le fait que de nombreuses sentences arbitrales, confidentielles, échappent à la « sanction » des tribunaux anglais et affaiblissent ainsi la cohérence de la *common law* britannique, fondée sur un édifice constitué de précédents et décisions qui font loi.

B. – Approche protectionniste : dérogation par rapport aux garanties de la justice étatique

229. – Influence de la clause compromissoire sur les garanties processuelles. Ce n'est pas seulement du point de vue de l'État que la clause compromissoire est regardée avec méfiance. Cela peut être le cas également du point de vue des justiciables eux-mêmes. Aujourd'hui, l'idée demeure qu'une partie qui se soumet à l'arbitrage « renonce » à la justice étatique, perçue comme faisant bénéficier les justiciables de garanties fondamentales que la justice arbitrale serait inapte à fournir, des attributs

---

[950] L. J. Crutton, dans l'affaire *Czarnikov* v. *Roth, Schmidt & Co.* [1922] 2 K.B. 178, 488, cité par A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, déc. 1994, , spéc. p. 12.

[951] V. Lord Chief Justice of England and Wales, Lord Thomas, *Developing commercial law through the courts : rebalancing the relationship between the courts and arbitration*, The British and Irish Legal Information Institute (Bailii) Lecture, 9 mars 2016 (www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf).

auxquels les justiciables renonceraient. Comme on a pu le soutenir, mis à part des atouts, l'arbitrage est aussi l'« abandon de certaines garanties de forme, renonciation anticipée aux voies de recours, coût » et alors qu'il « ne réalise pas un accès libre, égal et fraternel à la justice puisqu'il n'est pas autorisé en toutes matières et n'est pas gratuit »[952]. Les tribunaux étatiques étant considérés comme donnant accès au « juge naturel », la clause compromissoire et l'arbitrage peuvent apparaître de manière négative, comme la perte ou la privation d'un droit ou d'une liberté fondamentale et l'impossibilité de bénéficier des garanties processuelles attachées à la justice étatique : plus qu'une renonciation, il s'agirait donc d'une forme de renoncement.

230. – Perte de droits et coût d'accès. Il existe plusieurs types de protections dites « fondamentales » qui, dit-on encore aujourd'hui[953], ne seraient pas garanties lors d'un recours à l'arbitrage. D'abord, il y a le risque, autant substantiel que processuel, que l'arbitre, contrairement au juge étatique qui en a l'obligation, n'appliquerait pas des règles d'ordre public et des règles protectrices vis-à-vis de certaines catégories de personnes. C'est une conception de l'arbitrage qui consiste à privilégier le principe d'égalité plutôt que les règles favorisant une partie, dite faible, au détriment de l'autre, en vue de rétablir un déséquilibre initial. Le deuxième risque est celui de la partialité et de la crainte qu'une partie soit privilégiée par un arbitre ou une institution d'arbitrage au détriment de l'autre partie.

231. – Coûts de l'arbitrage. Sur un plan plus processuel, un autre risque concerne le coût de la procédure arbitrale et la distance du lieu de l'arbitrage, lesquels peuvent aboutir à un déni de justice. Alors que le justiciable ordinaire pourrait voir son litige tranché sans frais exorbitants et par le *for* de son domicile, il perdrait ces garanties avec la clause compromissoire. La procédure arbitrale n'est pas, presque par hypothèse, une procédure gratuite, puisqu'il faut rémunérer les arbitres et éventuellement le centre d'arbitrage dans le cadre d'un arbitrage institutionnel. Ainsi, le coût ou l'éloignement géographique peuvent dissuader une partie de faire valoir ses droits devant un tribunal arbitral. Dans le cas où une partie n'a pas les moyens de se déplacer dans le pays où siège le tribunal arbitral ou de trouver un conseil susceptible de la représenter, on pourrait aboutir dans ces cas à un déni de justice. Ce qui pose notamment la question de l'impécuniosité de l'une des parties, et place la stipulation d'une clause compromissoire – et plus généralement le recours à l'arbitrage[954] – sous le feu des critiques.

232. – D'autres critiques processuelles sont entendues : elles touchent parfois à l'absence de publicité des débats, mais ce serait surtout le fait de ne pas pouvoir bénéficier d'un double degré de juridiction qui est parfois perçu comme une perte d'un droit, alors que certains voient dans le double degré de juridiction un droit processuel fondamental[955]. L'idée sous-jacente serait qu'on a le droit à l'erreur, pour celui qui juge, et, pour le justiciable, le droit à « un second essai ». La renonciation à l'« appel » (au

---

[952]S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, 35e éd., 2020, n° 2279.

[953]Ces quatre ordres de critiques peuvent être retrouvés dans l'arrêt *Prunier* (V. *supra*, n° 27 et *infra*, nos 235 et 310) ; les arguments étant repris aujourd'hui par la doctrine contemporaine et quelque peu dans la jurisprudence récente *PWC*.

[954]Pour une illustration récente où des franchisés français étaient « confrontés » à un siège arbitral à New York et à l'application du droit néerlandais : T. com. Paris, 13 oct. 2020, *Subway* : *D.* 2020, 2484, obs. Th. Clay ; *AJ Contrat* 2020, p. 453, obs. J.-C. Roda et F. Buy.

[955]V. par ex., N. Molfessis, *La protection constitutionnelle du double degré de juridiction : Justices* 1996, n° 4, p. 17 ; F. Ferrand, *Rép. Proc. Civ. Dalloz, V° Appel*, mai 2018, n° 76 et s.

sens strict) de la sentence arbitrale conduit alors à considérer la convention d'arbitrage comme privative d'une garantie processuelle : celle d'une voie de recours[956].

C. – Protection du consentement anticipé : la clause compromissoire comme dérogation « par avance »

233. – La méfiance à l'encontre plus spécifiquement de la clause compromissoire trouve sa raison d'être également dans son mode d'adoption et de formation. La clause compromissoire est signée au moment où tout va bien entre les parties, donc au moment où aucune d'elles n'envisage ou n'anticipe des difficultés pouvant survenir dans leur relation contractuelle. Deux célèbres auteurs anglais[957] avaient très tôt qualifié la clause compromissoire comme « un chèque en blanc qui peut être encaissé à une date future (encore inconnue) ». Et pour un autre auteur[958], c'est cette éventualité, l'indétermination des litiges à venir et le fait que les parties ne mesurent pas la portée de leur engagement, qui est « à la base de la méfiance jurisprudentielle à l'égard de la clause », méfiance qui sous entend la crainte qu'elle ne devienne une clause « de style »[959]. Tout se passe donc comme si le consentement à l'arbitrage serait de moindre qualité avant la naissance du litige, lorsqu'il est exprimé par le biais non du compromis mais d'une clause compromissoire. D'où le fait que le compromis n'ait jamais fait l'objet de la même méfiance en droit positif[960]. Parce que la renonciation au juge étatique est anticipée, faite avant la survenance du litige, elle serait plus sujette à caution qu'au moment où le litige est né et où l'on peut circonscrire son objet. Et, si l'on parle de danger, c'est parce que cette renonciation est définitive, et l'engagement compromissoire obligatoire, au même titre que le compromis, malgré l'éventualité du litige. Le danger, et partant la méfiance, proviendrait de ce que la clause s'applique à l'avenir, même incertain et qu'elle serait donc une sorte de « bombe à retardement ». On retrouve cette même logique en matière de lutte contre les clauses abusives[961].

§ 2. – Manifestations de la dérogation : méfiance vis-à-vis de la clause compromissoire

A. – Méfiance identifiée dans la loi et la jurisprudence françaises

234. – Inarbitrabilité et clauses abusives en droit de la consommation. Si la nullité de la clause compromissoire a longtemps été posée dans l'article 2061 du Code civil comme un principe, après une réforme législative de 1972 et jusqu'en 2001, et si un principe d'inarbitrabilité reste consacré aux articles 2059 et 2060, alinéa 1 du Code

---

[956] S. Guinchard et *al.*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 11e éd., 2021, n° 433.

[957] A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LDGJ, 2e éd., 1994, spéc. p. 10.

[958] H. Motulsky, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 160.

[959] V. D. Denis, *La clause de style*, *Études J. Flour*, 1979, p. 117.

[960] V. *supra*, nos 193 et 210.

[961] V. Ph. Fouchard, Clauses abusives en matière d'arbitrage : *Rev. arb.* 1995, p. 146 ; M.-Cl. Rivier, La clause compromissoire au rang des clauses abusives ?, *Rev. Justices* 1996, p. 432 ; V. *infra*, n° 325.

civil à propos de matières administrative ou extrapatrimoniale, et sans même évoquer que le Code civil considère encore le fait de compromettre comme plus grave que celui de transiger[962], dans bien des cas encore, le législateur ne semble avoir renoncé à envisager cette clause avec une certaine méfiance.

Il persiste encore des domaines, certes plus spécifiques mais où la loi française se méfie *a priori* des clauses compromissoires et les qualifie comme clauses abusives. C'est notamment le cas du droit de la consommation, où l'article L. 212-1 du Code de la consommation, issu de la directive communautaire 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, dispose que : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

L'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation, qui complète le précédent, inscrit la clause compromissoire dans la catégorie des clauses « grises » qui sont simplement réputées abusives, et non dans celle des clauses dites « noires », réputées irréfragablement abusives. Ce texte stigmatise ainsi plus généralement la clause qui a pour objet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Les règles du droit européen prévoient en outre que l'exercice des droits du consommateur ne doit pas être soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13/CEE[963]. Ces modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits des justiciables relèvent certes du droit interne, mais, en vertu d'un principe d'effectivité, elles ne doivent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice de ces droits conférés par l'ordre juridique communautaire[964].

Enfin, le caractère « dérogatoire » des clauses d'arbitrage abusives n'est pas propre au droit français et à la réglementation européenne. On retrouve d'autres systèmes juridiques, pourtant favorables à l'arbitrage, comme aux États-Unis, où le droit local de certains États[965], plus que fédéral[966], tend à s'assurer que la conclusion d'une clause compromissoire, notamment par des consommateurs ou employés, n'a pas été forcée et

---

[962]C. civ., art. 1989 ; V. égal. : Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 3, éd. Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1899, n° 3019 : « il est plus dangereux de s'en remettre à des arbitres dont la sentence peut dépasser toutes les prévisions que de mesurer soi-même dans une transaction l'étendue des sacrifices qu'on s'impose ».

[963]CJUE, 3e ch., 21 avr. 2016, aff. C-377/14, *Radlinger et Radlingerová*, pt 46.

[964]CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, pt 24. – CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Preston e.a.*, pt 31. – CJCE, 19 sept. 2006, aff. C-392/04, *Germany et Arcor*, pt 57.

[965]V. par ex. : Cour suprême de Californie, 6 avr. 2017, *McGill* c/ *Citibank, N.A.*, 2 Cal.5th 945, 2017 Cal. Lexis 2551.

[966]Même si certaines juridictions fédérales de premier degré semblent avoir montré quelques ouvertures à ce sujet (*Doctor's Associates, Inc.* v. *Casarotto 517* U.S. 681 [1996] ; *Mey, et al.* v. *Direct TV LLC* D.C. 2021), la Cour suprême fédérale continue à toujours faire prévaloir sa politique favorable à l'arbitrage sur ces considérations d'abus ; V. *Green Tree Financial Corp. – Alabama* v. *Randolph 531* U.S. 79 (2000) : « Mere speculation that the party resisting arbitration will be saddled with prohibitive costs is too speculative to justify the invalidation of an arbitration agreement » ; V. aussi et en dernier lieu : *AT&T Mobility* v. *Concepcion.* V., plus généralement, à ce sujet, *infra*, n° 304.

ne les a pas placés dans une situation *unconscionable*, c'est-à-dire de profond déséquilibre, notamment financier[967].

235. – Renonciation à la justice étatique. La « renonciation anticipée des parties à la justice étatique »[968] que constitue la clause compromissoire a justement été l'objet de vives méfiances et de sévères limitations plus ou moins justifiées, cohérentes et étendues. Le droit français apportait, dans son évolution, beaucoup de restrictions à la validité de la clause. Même si tout le XIX^e^ siècle était marqué par un régime jurisprudentiel relativement instable et plutôt défavorable à la clause d'arbitrage[969], beaucoup d'auteurs font remonter la méfiance historique du droit français vis-à-vis de la clause compromissoire au fameux arrêt *Prunier* rendu par la chambre civile de la Cour de cassation en 1843[970]. Ce dernier est venu cristalliser une méfiance tenace vis-à-vis de la clause d'arbitrage en décidant que la clause compromissoire ne devait pas recevoir application dans un litige opposant un assuré à sa compagnie d'assurance. La Haute juridiction avait alors précisé que valider la clause dans le domaine de l'assurance signifierait en faire une stipulation banale avec le risque que « l'exception au droit commun » constituée par la compétence arbitrale, « devien[ne] la règle ». Ainsi, cela priverait les citoyens « des garanties que représentent les tribunaux » étatiques.

236. – Protection contemporaine et préservation des garanties étatiques. On aurait pu croire que cette méfiance était d'une autre époque. La jurisprudence *PWC*, en 2020, est cependant venue rappeler avec force ce réflexe de méfiance envers les clauses compromissoires stipulées dans des contrats de consommation. En effet, par un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a considéré qu'un consommateur, partie faible à un contrat international, devait être protégé contre une clause compromissoire. Le principe d'effectivité des droits procéduraux protégés par le droit européen de la consommation a conduit la Cour de cassation, en 2020[971], à écarter l'effet négatif de la règle de compétence-compétence qui confiait le soin à l'arbitre d'examiner en priorité, avant le juge étatique, la validité d'une clause compromissoire, car celle-ci a pour effet de « rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder ». Cette protection procédurale du consommateur a en outre trouvé application pour la première fois dans un contexte arbitral international, alors que la Cour de cassation a adopté un critère alternatif au critère classique du déséquilibre significatif entre les parties, en insistant sur la nécessité d'une négociation réelle, individuelle et préalable entre les parties, ce qui n'était donc pas le cas en l'espèce de la clause arbitrale, jugée donc abusive.

---

[967] *Cole* v. *Burns International Security Services* 105 F. 3d 1465 (D.C. 1997) : *Employees forced to sign an arbitration clause as a condition of employment cannot be forced to pay any type of fees that a court does not require, such as arbitrator's fees.*

[968] M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préf. P. Bellet, GLN Joly, 1990, n° 11 ; V. dans le même sens : L. Cadiet, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, *in* colloque « Le contrat : questions d'actualités » : *LPA* 5 mai 2000, p. 30, spéc. n° 2 : la clause d'arbitrage est « une technique d'anticipation procédurale ».

[969] L. *Cadiet*, *op. cit.*, spéc. p. 31.

[970] Cass. civ., 10 juill. 1843, *C^ie^ L'alliance* c/ *Prunier : S.* 1843, 1, 561, concl. Hello, note Devilleneuve ; *D.* 1843, 1, 343 ; reproduit *in Rev. arb.* 1992, 399, avec les commentaires de Ch. Jarrosson, *La clause compromissoire : Rev. arb.* 1992, p. 259.

[971] Cass. 1^re^ civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 2020, 1311, note M. de Fontmichel ; V. *infra*, n° 319.

B. – Relativité de la méfiance

237. – Si c'est avec les réformes de 2001, pour ce qui est de l'article 2061 du Code civil, et de 2011 pour le régime plus général du droit de l'arbitrage, que le droit français s'est « légalement » éloigné de la suspicion vis-à-vis de la clause d'arbitrage, l'ouverture vers une conception plus ouverte et moins « exceptionnelle » de la justice arbitrale s'est faite progressivement et n'est, comme déjà vu, pas à l'abri de sursauts jurisprudentiels. Il convient au final de dresser un tableau objectif des « menaces » que semble encore receler la clause compromissoire, la plupart étant toutefois à relativiser.

1° Relativité au regard de la qualité des parties au litige et de la protection de leur consentement

238. – L'arbitrage est un mode de règlement des différends utilisé notamment, et essentiellement, entre des professionnels. Si l'arbitrage s'est théoriquement démocratisé et que la clause compromissoire est désormais ouverte par principe à tous les particuliers, il serait sans doute inadapté de chercher à en faire un recours par défaut, généralisé et systématique, avec le double risque de généraliser une forme d'arbitrage « forcé », loin du fondement volontaire de l'arbitrage moderne, et d'entraver l'accès à la justice étatique. De ce point du vue, l'objectif visé par la réglementation des clauses abusives de protéger l'intégrité du consentement du consommateur, peu enclin à apprécier *a priori* les risques contentieux, au même titre qu'une clause pénale ou une clause de limitation de responsabilité, se justifie donc pleinement. Certes, les particuliers peuvent désormais massivement souscrire à une clause arbitrale, mais c'est à la condition que ce soit avec un autre particulier, et non avec un professionnel. Cette réserve importante, qui s'applique désormais même en matière internationale, conduit à rappeler que le droit français, bien que libéral et n'écartant la clause d'arbitrage encore qu'à titre exceptionnel (pour les parties faibles que sont le salarié ou le consommateur), protège certaines catégories d'individus, mais sans que cette protection ne soit la norme ou la règle.

239. – Dans l'arbitrage entre professionnels, la méfiance de principe à l'égard de la clause compromissoire ne se justifie guère, puisque ce sont des parties présumées plus aguerries qui ont choisi cette justice privée et « normale », conscientes des avantages, mais aussi des difficultés qu'entraîne le recours à l'arbitrage. Par exemple, il n'est ni illégitime ni contesté que les parties préfèrent recourir à l'arbitrage pour pouvoir choisir « leur » juge spécialisé, avec les risques, notamment financiers, que peut induire le choix d'un tel arbitre spécialisé. Il en résulte que la méfiance à l'égard de la clause compromissoire peut varier en fonction des parties au litige mais n'a pas sa place dans les cas où tous les acteurs du litige sont des professionnels qui y sont censés y avoir consenti en connaissance de cause. De plus, si la réserve relative au statut de consommateur se justifie, il ne faudrait pas qu'elle puisse être opposée « abusivement » par un professionnel, notamment une personne morale, se réclamant du statut de « non-professionnel », entendu comme profane[972] dans un secteur où l'autre partie, professionnelle, serait spécialiste. Il faut aussi prendre garde à bien dessiner les contours du « déséquilibre significatif » dans la négociation de la clause compromissoire, lequel peut vite devenir source d'insécurité juridique. De ce point de

[972]Notion désormais consacrée à l'article liminaire du Code de la consommation issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, simplifié par la loi n° 2017-203 du 21 février 2017.

vue, le sens et la portée du critère « professionnel » visé par l'article 2061 du Code civil et son articulation par rapport à la réglementation plus générale en droit de la consommation, restent encore à construire.

2° Relativité au regard de la « concurrence » avec le recours à la justice étatique

240. – À première vue, la justice étatique peut paraître sinon « supérieure » du moins plus « légitime », parce que légale et d'essence régalienne, à la justice arbitrale, exceptionnelle et d'essence conventionnelle. Cependant, aujourd'hui, l'État ne peut pas ou plus tout faire (ou au moins tout bien faire). S'il ne s'agit pas de promouvoir le recours systématique à l'arbitrage, ni de comparer entre justice arbitrale ou étatique, en prétendant déterminer quelle justice, des deux, est la « meilleure », il semble opportun ici de relativiser leur différenciation et les préjugés que celle-ci véhicule. Le caractère tranché de la distinction mérite aussi d'être atténué à l'heure où émergent de nouvelles règles, par exemple celles issues de la loi du 18 novembre 2016 et de la loi de programmation de la justice de 2019, qui continuent de favoriser très largement le recours aux modes alternatifs de règlements des différends, y compris l'arbitrage, comme en témoigne l'élargissement croissant des conditions de validité des clauses compromissoires dans l'article 2061 du Code civil.

241. – Par ailleurs, l'exemple de la justice consulaire et ses tribunaux de commerce est de ce point de vue intéressant. Cette dernière et la justice arbitrale ont en commun des acteurs et des justiciables qui sont des professionnels et commerçants. De même, certaines critiques prononcées à l'égard de l'arbitrage peuvent s'appliquer également à la justice consulaire, qui font de l'ombre à son efficacité. Comme l'a fort bien résumé un auteur autorisé, la « solide méfiance » à l'égard de cette justice privée qu'est l'arbitrage « surprend à un moment où la justice étatique est débordée, la justice consulaire suspectée, et alors que les juges, pour leur part, ont su depuis longtemps exercer sur l'arbitrage un contrôle serein tout en lui manifestant un appui efficace »[973]. De même, les limites inhérentes au système judiciaire, telles qu'elles sont apparues en 2020 lors de la pandémie sanitaire, en France comme ailleurs, ont conduit à se rappeler que le juge étatique, déjà débordé, ne pouvait tout faire, à tout moment et pour tout litige. Ce sont symétriquement les avantages du recours à l'arbitrage qui ont de ce fait été à nouveau rappelés[974].

Au final, la question que pose plus fondamentalement la réglementation des clauses abusives, et notamment la jurisprudence *PWC*, est double et touche doublement au principe d'effectivité : celle de l'équilibre effectif dans la négociation de la clause l'arbitrage et celle des obstacles, notamment financiers, à l'accès effectif à la justice. Sur le premier aspect, tout sera affaire de circonstances, plutôt que de principe, le déséquilibre dans la négociation de la clause arbitrale, comme dans l'affaire *PWC*, ne pouvant être présumé, de même que les clauses compromissoires ne sont que des

---

[973] Ph. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 : Rev. arb.* 2001, 411, spéc. p. 421, n° 38.

[974] V. not. O. Dufour, Confinement : la justice une nouvelle fois à la peine, in Confinement et coronavirus : un an de Justice boulversée, Dossier Actu-juridique.fr, 16 mars 2021, Lextenso ; G. Thierry, Un an après la pandémie, l'inquétant engorgement du tribunal judiciaire de Paris : D. Actualités, 15 avr. 2021. Par ailleurs, il semble qu'il y ait eu une tendance au recours au compromis en cours de procédure judiciaire et un passage à l'arbitrage dans de nombreux cas et pays ; V. *supra,* n° 84 et *infra*, n° 1247.

clauses grises, donc seulement potentiellement abusives. Sur le second aspect, plus financier, on peut estimer qu'il renvoie à la question des garanties processuelles.

3° Relativité au regard de la « perte » de garanties processuelles

242. – Publicité et voies de recours. Un dernier bloc de critiques adressées à la souscription d'une clause d'arbitrage, perçue comme dérogatoire, concerne les garanties processuelles, lesquelles seraient considérées comme aux abonnés absents, dans le cadre d'une procédure arbitrale. Ces risques méritent là aussi d'être appréciés à leur juste valeur et pondérés selon leur réalité.

Si la publicité est perçue comme « essentielle »[975] à la procédure civile française, pour autant elle « n'est pas consubstantielle à la notion de justice »[976] par le fait même que ce principe vise essentiellement le droit pénal et contient des exceptions, dont la volonté des parties au litige d'y renoncer. Par ailleurs, il n'est pas inutile de relever que d'autres MARC, comme la médiation, dont la confidentialité est pourtant la marque de fabrique et est même assurée par le législateur[977], ne sont pas critiqués de ce point de vue. De plus, l'arbitrage international, notamment institutionnel[978] et *a fortiori* d'investissement (et dans le cadre du CIRDI)[979], n'est plus synonyme de confidentialité systématique et générale, ce qui permet de le rapprocher de la justice étatique.

Quant au double degré de juridiction, il est difficile de parler d'un véritable principe processuel ou d'une « garantie de voie de recours »[980]. En arbitrage, l'acceptation de la clause compromissoire vaut, comme pour la publicité des débats, renonciation à tout le moins à la voie de l'appel, notamment dans une logique d'efficacité (et d'économie des coûts qui seraient induits par des voies de recours supplémentaires). Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le contrôle par le juge d'*exequatur* ou de l'annulation est certes moins étendu qu'un véritable appel, mais reste tout de même imposé pour toute sentence arbitrale.

243. – Coût et obstacles matériels. Au final, comme l'argent est souvent le nerf de la guerre et ici du procès, la principale et véritable critique qui demeure touche en fait à l'aspect matériel et aux conséquences financières d'une clause arbitrale « hâtivement » souscrite par un consommateur.

Assumer le coût de l'arbitrage, justice payante, est une difficulté, aussi bien théorique que pratique[981], mais toujours persistante et qui se concilie mal avec la protection du consommateur, aussi bien de son consentement à des droits substantiels, que de ses moyens matériels pour les exercer. Cette réalité financière ne saurait être

---

[975] S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, 35e éd., 2020, nos 1172 et s.

[976] Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, spéc. n° 215.

[977] V. not. CPC, art. 131-14.

[978] V. not. CPC, art. 1464, al. 4 qui pose le principe de la confidentialité de la procédure arbitrale mais ne s'applique en principe qu'en arbitrage interne ; par ailleurs, pour ce qui est de l'arbitrage institutionnel, et notamment CCI (ou VIAC), outre que la confidentialité n'est en fait pas de règle dans le règlement d'arbitrage, la transparence – s'agissant de sentences et de décisions en matière de nominations et de récusations d'arbitres – tend à progressivement s'imposer.

[979] Dont la plupart des sentences et ordonnances de procédure sont désormais publiées en ligne.

[980] En matière civile, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne le mentionne pas et la Cour de cassation a estimé que l'absence de droit d'appel n'était pas contraire aux exigences de la Convention : Cass., avis, 25 sept. 2000 : *D.* 2000, inf. rap. 261. – CEDH, 8 janv. 1993 : *AJDA* 1994, p. 25. De même, le Conseil constitutionnel ne lui reconnaît pas la valeur d'un principe général du droit (*cf.* Cons. const., 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC. – Cons. const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC, 2e décision). V. aussi : Cons. const., 12 févr. 2004, n° 2004-491 DC : « Le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle ».

[981] V. *supra*, n° 88 et *infra*, n° 1338.

écartée d'un revers de la main, au prétexte par exemple qu'un justiciable aurait de toute façon à engager d'autres frais, tout aussi importants (comme les honoraires d'avocats) pour faire valoir ses droits. De la même façon, s'il est vrai que la proclamation d'un principe de gratuité demeure quelque peu théorique et discrète par certains textes[982], et qu'il n'existe pas de principe processuel de gratuité attaché au service public de la justice, il reste que le coût induit par l'accès au juge arbitral, surtout si celui-ci doit au final se déclarer incompétent, est un obstacle supplémentaire sur la route du justiciable, parfois rédhibitoire si ses moyens sont limités. Aussi, plutôt que parler de gratuité, il serait plus efficace d'évoquer l'« absence d'obstacles financiers »[983] qui empêcheraient le justiciable d'accéder à un juge ou rendrait cet accès illusoire ou théorique. C'est bien pour cela que l'État n'assure pas la gratuité de la justice, mais organise plutôt un système d'aide aux justiciables.

244. – Impécuniosité. Certes, il est de jurisprudence constante que l'impécuniosité ne se traduit pas par l'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire[984], sans d'ailleurs qu'il ne soit clairement établi à qui il appartient – au centre d'arbitrage ou au tribunal arbitral – de veiller au libre accès à la justice, même si cela ne répond pas véritablement à la question. C'est pourquoi on ne peut nier la pertinence du raisonnement de la Cour de cassation dans l'affaire *PWC* qui estime que, pour certains justiciables, le recours à l'arbitrage devient dérogatoire et exceptionnel en ce que dévier du juge étatique rendrait effectivement l'exercice de leurs droits « excessivement difficile ». Ce n'est pas tant le fait que la clause d'arbitrage, d'ailleurs au même titre qu'une clause attributive de juridiction désignant un tribunal (de l'Union européenne ou d'ailleurs) éloigné du domicile du consommateur, induit des coûts supplémentaires non anticipés[985]. Il s'agit plutôt ici de rationaliser davantage ces mêmes coûts d'accès au juge : au lieu de le contraindre à saisir un tribunal arbitral en priorité pour juger que la clause arbitrale ne lui est en principe pas applicable et donc d'engager des frais pour revenir à la case départ, la solution lui permet de faire l'économie de cette étape préalable, qui aurait autrement entraîné le risque de le dissuader encore plus d'initier toute action, fût-elle devant un juge étatique. Ce risque de déni de justice est aussi au cœur des objectifs de la réglementation des clauses abusives. C'est sans doute pour cette raison qu'on a pu écrire qu'à vouloir faire baigner la clause compromissoire dans « toutes les terres », notamment consuméristes, elle pourrait perdre en efficacité[986].

245. – En conclusion, le caractère dérogatoire de la clause compromissoire, longtemps une réalité et perçu comme le symptôme d'une méfiance à son égard et fondé sur une conception souverainiste de la justice, sur une prétendue hiérarchie des justices étatique et arbitrale, ou même sur une prétendue perte de garanties processuelles, mérite d'être fortement relativisé. En revanche, l'approche dérogatoire de la clause compromissoire fondée sur son rapprochement avec la clause abusive – notamment en

---

[982] V. not. et pour la première fois l'article 11 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 « Les juges rendront gratuitement la justice », ainsi que la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 instaurant la gratuité des actes de justice.

[983] S. Guinchard et *al.*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 11e éd., 2021, nos 412 et s. – CEDH, 25 avr. 1983, n° 8398/78, *Pakelli c/ Allemagne*, § 36-38.

[984] Cass. 1re civ., 23 mars 2013, n° 11-27.770, *Pirelli : JCP* G 2013, 559, note J. Béguin et H. Wang. – CA Paris, 26 févr. 2013, n° 12/12953, *Lola Fleurs*. – CA Paris, 7 avr. 2015, n° 15/00512 : *JCl. Droit international*, synthèse 260 ; V. *infra*, n° 1350.

[985] V. not. : CJUE, 18 nov. 2020, aff. C-519/19, *Ryanair DAC : Dalloz actualité*, 6 janv. 2021, obs. F. Mélin.

[986] Ph. Delebecque, Arbitrage et droit de la consommation, in Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, Droit et Patrimoine 2002, p. 46, spéc. p. 51.

ce qu'elle pourrait ne pas être équitablement consentie ou en raison de l'obstacle matériel pour accéder au juge arbitral qui pourrait pratiquement aboutir à un déni de justice (une justice « impossible ou difficile ») – rétablit, au sein de règles et de caractères largement libéraux, un régime d'exception destiné à protéger une certaine catégorie de justiciables.

246. – Un autre caractère permet de comprendre le régime si particulier de la clause d'arbitrage : il est dicté par son objet juridictionnel, qui échappe rapidement aux parties qui l'ont créé, ce qui lui permet de s'émanciper de son caractère contractuel et de devenir une créature processuelle mue par un objectif de règlement qui dépasse la logique du contrat.

Section 4

Le caractère procédural de la clause compromissoire

247. – La clause compromissoire possède évidemment et par nature une nature conventionnelle, à laquelle se rattachent ses caractères contractuel, accessoire, autonome et dérogatoire, mais son objet[987] invite à puiser dans les logiques processuelles une partie de son régime en ce qu'elle produit un effet obligatoire visant à soumettre un litige à naître à un mode organisé de règlement de celui-ci. Cette influence de l'objet et de la fonction de la clause d'arbitrage sur son régime se retrouve au moment de sa mise en œuvre, c'est-à-dire au moment de la survenance du litige. À ce moment, la clause compromissoire se détache de sa source contractuelle pour matérialiser son objet, c'est-à-dire se transformer en arbitrage.

Les termes « caractère processuel » ne sous-entendent pas que la clause compromissoire appartiendrait à la même famille juridique qu'un acte juridictionnel : aucun contrat, pas même la transaction (qui n'a plus l'autorité de la chose jugée), ne peut présenter cet attribut. Certains d'ailleurs préfèrent privilégier les termes de « fonction procédurale »[988], « objectif juridictionnel » ou « dimension juridictionnelle »[989]. L'idée est que la clause contient en germe un procès spécial (arbitral) dont les modalités sont fixées à l'avance dans un contrat, ce qui donne et à la clause et au procès, qui est sa mise en œuvre, un régime si particulier. Le caractère processuel se présente *a priori* comme l'autre face du caractère contractuel. On peut même dire que le caractère contractuel de la clause compromissoire conduit à la définir comme un accord sur le contentieux alors que son caractère juridictionnel en fait le contentieux de l'accord[990].

---

[987] Le règlement privé d'un litige sanctionné par une sentence rendue avec la même autorité de la chose jugée qu'une véritable décision de justice.

[988] L. Cadiet, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, préc., p. 30.

[989] Ces deux termes ayant été le plus, le mieux et en premier, employés et analysés par N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection du for en droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1999, spéc. n° 11, qui envisage, selon les droits allemand, belge et français, ce qui rapproche et différencie les deux types de convention.

[990] V. dans le même sens : G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis », 3e éd., 1998, p. 41 : « le litige

Le caractère procédural de la clause laisse penser que, plutôt qu'à la matière contractuelle, la clause est rattachable à la matière contentieuse (§ 1), bien que cette thèse doive être nuancée (§ 2).

§ 1. – Manifestation du caractère procédural de la clause compromissoire

248. – Plusieurs aspects renvoient à l'appartenance de la clause compromissoire à la matière procédurale, autrement dit en contribuant à faire fondre la clause compromissoire dans le domaine contentieux, voire judiciaire : le parallèle fait entre la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction (A), le rattachement à des problématiques purement procédurales, plutôt que contractuelles (B) et la comparaison entre la justice étatique et la justice arbitrale (C).

A. – Le parallèle entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction

249. – À tort ou à raison, la clause compromissoire a souvent été envisagée de façon symétrique à la clause attributive de juridiction[991]. La doctrine a en effet contribué à l'émergence de la catégorie de « convention relative aux litiges » ou « convention de procédure » regroupant les différents types de clauses concernées. Un célèbre auteur processualiste a ainsi proposé une théorie de la « clause de contentieux »[992] dans laquelle la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction ont été étroitement associées et analysées de façon symétrique[993]. Parmi leurs points communs, on peut trouver l'objet spécifique, purement procédural, l'autonomie, leur validité et efficacité accrues et leur relation à l'ordre public. D'autres auteurs préfèrent parler de la clause compromissoire comme le « contrat de procédure »[994], expression qui a d'ailleurs été utilisée par la jurisprudence[995].

Outre leur dimension juridictionnelle, les deux clauses ont un caractère dérogatoire au regard du droit commun, c'est-à-dire au regard du tribunal normalement compétent pour trancher le litige[996]. Elles ont une source volontaire, c'est-à-dire contractuelle, qui permet d'aménager librement le cadre du règlement du litige. Elles présentent aussi un caractère accessoire puisque la stipulation est contenue dans un contrat auquel elles se rattachent nécessairement.

---

s'analyse en un conflit, une opposition, dont on peut se faire une première idée en prenant le contraire d'un contrat. Réduit à l'essentiel, il se définit comme un désaccord de volonté relativement à un objet (…) De même que le contrat est concours de volontés, le litige est conflit de volontés ».

[991] N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection du for en droit international privé*, préc. ; plus fondamentalement : J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage : Nature juridique, droit interne et droit international privé*, préf. J. Vincent, LGDJ, 1965.

[992] L. Cadiet, *Clauses relatives aux litiges : JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 190, 2016.

[993] L. Cadiet, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, préc.

[994] E. Loquin obs. ss CA Versailles, 7 sept. 1998 : *RTD com.* 2001, p. 59, spéc. p. 61.

[995] CA Paris, 8 oct. 1998, *Sam. c/ Perrin : Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout ; *RTD com.* 1999, p. 845, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

[996] V. *supra*, n° 226.

Ainsi, un traitement législatif et jurisprudentiel parfois similaire et parfois même un régime identique se constatent. En droit de la consommation, l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives vise expressément les deux types de clauses comme pouvant être neutralisées par le juge du fait de leur caractère dérogatoire[997]. Cette identité de traitement se retrouve également auprès des tribunaux : le meilleur exemple est le domaine maritime, qui est d'ailleurs celui où l'assimilation entre les deux clauses a historiquement été la première[998]. Plus positivement, le Code civil, issu de la réforme de 2016, a pris le modèle de l'autonomie de la clause compromissoire (CPC, art. 1447), pour affirmer l'autonomie de toutes les clauses de règlement des différends, y compris des clauses attributives de juridiction (C. civ., art. 1230).

B. – Rattachement à la matière contentieuse plutôt que contractuelle

250. – La clause compromissoire est principalement régie par les dispositions du Code de procédure civile (ainsi qu'aux règles qui touchent à la compétence des tribunaux de commerce). Mais ce rattachement procédural n'est pas que textuel : il résulte aussi d'une jurisprudence ancienne et constante. Très tôt, au-delà du rattachement de la clause à la matière (créance ou autres clauses) contractuelle, la jurisprudence a qualifié la clause compromissoire d'accessoire du droit d'action[999] en s'intéressant au rapport entre l'action en justice et ladite clause et sans doute reprenant une idée doctrinale selon laquelle celle-ci constituerait une « modalité de l'action », le droit d'action étant affecté par celle-ci[1000]. Ainsi, la clause serait affectée à l'action selon un rapport d'accessoire à principal. En conséquence, le régime de la clause compromissoire suivrait le régime de l'action, plutôt que celui d'une créance contractuelle.

La jurisprudence considérait d'ailleurs que la clause compromissoire constituait une « convention de procédure autonome et distincte de la convention principale »[1001] et avait même eu déjà l'occasion de décider que la clause d'arbitrage « se rapporte au droit d'ester en justice et non au droit substantiel »[1002], à l'exclusion donc de tout lien de nature contractuelle. Plus tard, on a vu certains arrêts rattacher la clause compromissoire à l'action en affirmant que la clause pouvait être « considérée par la commune volonté des parties comme l'accessoire de l'action en garantie »[1003]. De même que, par un revirement remarqué, la Cour de cassation a pu affirmer que la clause compromissoire internationale « se transmet avec l'action contractuelle »[1004] et

---

[997]V. not. : CJUE, 18 nov. 2020, aff. C-519/19, *Ryanair DAC : Dalloz actualité*, 6 janv. 2021, obs. F. Mélin.

[998]Les tribunaux affirmaient que la clause attributive de juridiction, tout comme la clause compromissoire, n'étaient pas « opposables » au tiers-destinataire d'une marchandise faisant l'objet d'un contrat de transport maritime dans lequel y serait stipulée l'une de ces deux clauses ; V. not. J. de Sentenac, *L'opposabilité aux destinataires non-signataires d'un connaissement, des clauses compromissoires ou de juridiction : Gaz. Pal.* 1998, 1, 671.

[999]C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Rouen, 1999, spéc. n[os] 79 et s.

[1000]E. Loquin, note ss CA Paris, 28 janv. 1988 : *JDI* 1989, p. 1021.

[1001]CA Paris, 8 oct. 1998, *Sam* c/ *Perrin*, préc.

[1002]CA Paris, 17 nov. 1998 : *RTD com.* 1999, p. 357, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *RGDP* 1999, p. 408. – CA Paris, 25 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen.

[1003]CA Paris, 1[re] ch. C., 18 janv. 2000, *CNB* c/ *Caraïbes Charter*, inédit.

[1004]Cass. 1[re] civ., 6 févr. 2001, *Peavey : Rev. arb.* 2001, 765, note D. Cohen.

constitue même un « accessoire du droit d'action »[1005]. Enfin, la Cour de cassation, lorsqu'elle est soumise à la question de la nature procédurale d'une défense tirée sur l'existence d'une clause compromissoire, même lorsqu'elle n'est pas invoquée *in limine litis*, affirme qu'elle est « régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure » (hors les articles 74 et 75 du Code de procédure civile) et en fait, de façon parfois contestable[1006], même une fin de non-recevoir[1007]. Cette « qualification procédurale de l'exception d'arbitrage »[1008] reste donc discutée.

C. – Comparaison de la justice étatique et de la justice arbitrale

251. – Le tribunal arbitral, une véritable juridiction ? Il est désormais acquis que le tribunal arbitral institué par la clause compromissoire est une véritable juridiction[1009] et que la sentence arbitrale qui sera rendue sur ce fondement aura la même force de la chose jugée qu'un jugement étatique, même si cette nature « juridictionnelle » ne déploie pas tous ses effets, absence d'*imperium*, impossibilité de poser une question préjudicielle ou une question prioritaire de constitutionnalité, de saisir pour avis une autre juridiction, *etc.* De ce point de vue, l'arbitrage constitue le seul mode de règlement alternatif et conventionnel qui a, à ces réserves près, le même statut juridictionnel que la justice étatique. Même si les arbitres, dans l'hypothèse où la loi française est applicable, ne sont pas tenus par les dispositions impératives, autres que celles visées par les articles 1142 et suivants du Code de procédure civile[1010], ce texte leur offre un cadre procédural et processuel qui leur sert souvent de modèle[1011]. L'arbitrage offre certaines garanties processuelles et partage aussi en commun un

---

[1005]Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *ABS* c/ *Amcor : JCP* G 2007, I, 168, obs. C. Seraglini ; *D.* 2007, 2077, obs. X. Delpech, et note S. Bollée ; *ibid.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, 785, note J. El Ahdab ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2008, p. 541, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2007, p. 677, obs. E. Loquin.

[1006]V. du point de vue de l'effet interruptif d'instance et des articles 2241, alinéa 2 et 2243 du Code civil : J. Jourdan-Marques, *Faut-il abroger l'article 2243 du Code civil ? : Procédures* 2016, n° 7, étude 7.

[1007]Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-24.179. Cass. 1re civ., 13 mai 2020, n° 18-25.966, *Kimmolux : Dalloz actualité*, 12 juin 2020, obs. G. Sansone ; *ibid.*, juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Procédures* 2020, comm. 147, obs. L. Weiller ; V. déjà, sur la base de l'article 81 du Code de procédure civile : Cass. 1re civ., 6 juin 1978 : *Rev. arb.* 1979, p. 230, note P. Level. – Cass. 3e civ., 13 mai 1981 : *Rev. arb.* 1983, p. 110. – Cass. 1re civ., 9 oct. 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 205 ; *D.* 1991, 571, note M. Santa-Croce ; *Rev. arb.* 1991, 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *RTD civ.* 1991, p. 603, obs. R. Perrot. – Cass. 1re civ., 6 nov. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 73, note Ph. Delebecque. – Cass. 1re civ., 19 nov. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 313 ; *Rev. arb.* 1992, p. 462, note D. Hascher. – Cass. 2e civ., 22 nov. 2001 : *Bull. civ.* 2001, II, n° 168 ; *Dr. et patrimoine* 2002, p. 108, note M. Douchy ; *Procédures* 2002, n° 1, note R. Perrot ; *JCP* G 2002, II, 10174, note C. Boillot ; *JCP* E 2002, p. 1467, note G. Chabot ; *RTD com.* 2002, 46, obs. E. Loquin. – Cass. 1re civ., 3 févr. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 31 ; *JCP* G 2010, I, 546, § 8, obs. Th. Clay. – Cass. 1re civ., 14 avr. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 96 ; *Rev. arb.* 2010, p. 496, note P. Callé ; *RJ com.* 2010, 84, obs. B. Moreau.

[1008]X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *La qualification procédurale de l'exception d'arbitrage*, note ss Cass. 1re civ., 13 mai 2020 : *RDC* sept. 2020, n° 117b8, p. 79.

[1009]V. not. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., spéc. nos 39 et s. qui entame une première approche des contours de l'arbitrage à partir de « la référence au modèle juridictionnel » ; V. aussi : *supra*, n° 8 (Encart 1) et 15).

[1010]Au contraire, l'article 1406, alinéa 1 du Code de procédure civile autorise l'arbitre à régler la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage.

[1011]V. en ce sens mais de façon plus nuancée : R. Perrot, *L'application à l'arbitrage des règles du Nouveau Code de procédure civile*, in *La réforme du droit de l'arbitrage*. *Décret du 14 mai 1980 : Rev. arb.* 1980, p. 642, spéc. p. 648 ; V. plus généralement, *infra*, n° 944.

certain nombre de principes directeurs du procès, ce qui donne parfois à la procédure arbitrale de des allures d'instance judiciaire[1012]. Dès lors, il ne serait pas excessif d'affirmer qu'une partie à la clause compromissoire est appelée à devenir une partie non seulement à un arbitrage, mais aussi et surtout à un véritable procès.

252. – Mission juridictionnelle. Même si la source de l'arbitrage n'est pas la même que celle du juge étatique[1013], la mission juridictionnelle du juge comme de l'arbitre a tendance à être perçue par ceux-ci comme leur donnant le pouvoir de juger tout ce qui touche de près ou de loin au litige qu'ils sont chargés de trancher. Dans les deux cas aussi, le procès civil – et non pénal – reste d'abord la chose des parties, le juge étatique comme arbitral étant tenu par les demandes des parties, lesquelles peuvent en disposer à tout moment, par exemple en éteignant le litige, par le retrait d'une demande ou par la voie d'une transaction.

Par-dessus tout, le régime si particulier de la clause d'arbitrage ne peut être saisi que par son objet, et ce faisant, son caractère procédural. Ainsi, le principe d'autonomie se comprend principalement au regard de son articulation avec le principe de compétence-compétence, puisque c'est cette autonomie qui permet à l'arbitre d'asseoir son pouvoir juridictionnel et de connaître du litige sans se soucier *a priori* de la fragilité, ou au contraire de la solidité des attaques portées aux fondements sur lesquels repose sa compétence. C'est donc la combinaison de l'autonomie de la clause arbitrale et de la compétence-compétence qu'elle institue en faveur de l'arbitre, sans cesse affirmée[1014], qui aboutit à donner à l'arbitre une sorte de plénitude et de primauté de juridiction.

253. – Tiers et parties. Il est aussi révélateur que la notion de « partie à l'arbitrage », aussi ambiguë que couramment employée, englobe parfois la notion de partie à la convention d'arbitrage, celle de partie à la procédure arbitrale, celle de partie à la sentence, parfois les trois à la fois, alors qu'une personne morale ou physique peut participer à un arbitrage, tout en prétendant qu'elle n'est pas partie à la convention d'arbitrage et alors que le tribunal ne retiendra pas *in fine* sa compétence à son égard. Dans ce cas, et même si cela relève des subtilités de l'arbitrage, on peut se demander comment une telle « partie » qui a soulevé l'« exception d'incompétence » avec succès peut tout de même rester partie à une sentence sur les coûts lorsque ceux-ci lui sont alloués[1015]. Le lien compromissoire, de nature purement contractuelle, débouche en effet sur un lien d'instance, dont les composantes peuvent être appréhendées de façon beaucoup plus souple que dans un carcan contractuel. Ce jeu entre les notions de partie au contrat et de partie à l'instance[1016] a ainsi permis de montrer que la frontière entre le cadre contractuel et le cadre du procès était parfois étanche et que la clause

---

[1012]Au point que certains auteurs ont souligné les dangers que font courir à l'arbitrage ceux qui sont tentés d'en faire un clone de l'instance judiciaire ; V. not. P. Lalive, *Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international : RCADI* 1967, p. 565, spéc. p. 683. – B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 31 et s. – Ch. Jarrosson, *Chronique de droit de l'arbitrage : RJ com.* 1997, n° 7, p. 77.

[1013]Encore que cela soit discutable, puisqu'on peut estimer que la véritable et première source de l'arbitrage n'est pas la volonté des parties, mais, tout comme pour la compétence judiciaire, la loi. V. par ex., Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc. n° 18 : « la loi est toujours à l'origine de l'arbitrage, elle propose aux parties d'y recourir ».

[1014]V. par ex., Cass. 1re civ., 21 mai 1997, *Jaguar : Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard. – Cass. 1re civ., 24 juin 2020, n° 19-12.701, *Kem One*. – CA Aix-en-Provence, 15 oct. 2020, n° 17/11777, *SEGIP*. – CA Paris, 30 oct. 2019, n° 18/27504 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Cass. 1re civ., 6 nov. 2019, n° 18-10.395 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; V. *infra*, n° 531.

[1015]V. *infra*, n° 1408.

[1016]V. S. Akhouad, *La notion de partie dans l'arbitrage*, thèse, ss dir. Th. Clay, Université Versailles Saint-Quentin, 2012.

compromissoire pouvait constituer une parfaite courroie de transmission vers l'instance arbitrale. C'est ce caractère processuel qui explique d'ailleurs l'ouverture *ratione personae* aux tiers au contrat : la clause compromissoire, une fois mise en œuvre s'épanouit et prospère en vue du règlement efficace et global du litige même en dehors des parties signataires. Ainsi tout se passe comme si le caractère procédural de la clause compromissoire conduisait à repousser toujours plus loin le cadre du contrat et à s'intéresser davantage au règlement plein et entier du procès arbitral dont l'arbitre est saisi et auquel le litige contractuel donne lieu. C'est ainsi que, s'appuyant parfois sur la notion de bonne administration de la justice[1017], certains arrêts ont pu affirmer que « les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige »[1018].

§ 2. – Les limites du caractère procédural de la clause compromissoire

254. – Quelle que soit la pertinence des éléments de rattachement procéduraux, il est clair que le régime de la clause compromissoire est avant tout et largement contractuel, ne serait-ce que parce qu'elle est prévue dans le Code civil, et pas seulement dans le Code de procédure civile, puisque l'article 2061 dispose qu'elle « doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose ». Plus généralement, malgré des rapports parfois ambigus, la convention d'arbitrage reste fondamentalement influencée par la matière contractuelle[1019].

255. – Il faut également rappeler que, au-delà de régimes différents, il est impossible d'assimiler purement et simplement la clause attributive de juridiction à la clause compromissoire, la première relevant du droit judiciaire, la seconde du droit arbitral. De même, pour refuser l'assimilation entre la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction, la doctrine a très tôt opéré la distinction entre la « compétence » touchant la première clause et l'« investiture » touchant la seconde : « la clause compromissoire n'est pas une clause de compétence territoriale, car elle n'est pas une clause de compétence », car « l'investiture a trait à la source juridique du pouvoir juridictionnel, alors que la compétence concerne l'exercice de ce pouvoir »[1020], même s'il est vrai que des arrêts récents semblent être revenus sur la référence au pouvoir juridictionnel de l'arbitre institué par la clause compromissoire[1021] et semblent

---

[1017]Laquelle notion est aussi à double tranchant, puisqu'elle a pu parfois être invoquée, pour l'heure sans succès, pour au contraire faire échec à la clause d'arbitrage en faveur d'une unification du contentieux devant le juge étatique ; V. en ce sens : CA Paris, 19 nov. 2019, n° 18/03886, *Novacap et Novacarb* c/ *Rhodia : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372r8, p. 36, obs. D. Bensaude.

[1018]CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar : RTD com.* 1995, p. 401, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson ; V. CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, J. Jourdan-Marques.

[1019]V. *supra*, n° 208 (encart 13 : « Droit de l'arbitrage et droit des contrats : je t'aime, moi non plus !) et *infra*, nos 420 et s. (consentement et capacité).

[1020]M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préc., spéc. nos 113-114 ; V. aussi : P. Callé : *Rép. proc. civ.* Dalloz, 2020, V° *Incompétence*, n° 9.

[1021]V. par ex. : Cass. 1re civ., 19 nov. 1991, n° 90-14.869 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 313 ; *Rev. arb.* 1992, p. 462, note

lui préférer celle d'exception d'incompétence[1022]. Ainsi l'arbitre ne peut être juge en dehors de la convention d'arbitrage sur laquelle il est assis[1023]. De plus, la clause compromissoire ne saurait être assimilée à un acte juridictionnel comme le rattachement de celle-ci à la matière contentieuse pourrait le laisser penser. Elle ne satisfait pas aux critères dégagés pour qualifier un acte juridictionnel, ce qu'est en revanche la sentence arbitrale à laquelle elle donne naissance[1024].

De la même façon, le procès judiciaire ne devrait pas pouvoir être purement assimilé au procès arbitral, et réciproquement. Le lien d'instance arbitral présuppose toujours un lien contractuel entre les parties à l'arbitrage, ce qui n'est pas le cas de l'instance judiciaire. Par ailleurs, ce lien d'instance n'est créé que par l'acceptation de l'arbitre de sa mission juridictionnelle[1025], autre limite au parallèle de l'instance arbitrale, fondamentalement contractuelle et dépendante de la volonté de l'arbitre, avec l'instance judiciaire qui est introduite dès les premières écritures[1026].

256. – Il ne fait pas de doutes que le caractère processuel et procédural de la clause compromissoire, qui résulte directement de son objet juridictionnel, permet d'expliquer bon nombre de règles spécifiques, dont son seul régime contractuel ne rend pas compte de manière complète et satisfaisante. Toutefois, ce caractère s'efface largement face au caractère contractuel de la clause qui domine largement son régime.

257. – La somme des caractères jusqu'ici examinés permet de rendre compte d'un régime juridique riche et complexe, qui ne permet pas d'être appréhendé sous un seul et unique angle. C'est pour cette raison que, si le caractère contractuel de la clause compromissoire est dominant et rend compte de sa dynamique générale, il ne permet pas, à lui seul, d'expliquer son entier régime. Complétée par ses caractères accessoire, dérogatoire et procédural, cette palette contribue à saisir toutes les nuances, et même certaines incohérences, qui font de la convention d'arbitrage une créature juridique, solide mais parfois difficile à saisir.

D. Hascher.

[1022]Cass. 2e civ., 22 nov. 2001, n° 99-21.662 : *Bull. civ.* 2001, II, n° 168 ; *Rev. arb.* 2002, p. 371, note P. Théry ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 41, obs. L. Leveneur ; *JCP* G 2002, II 10174, note C. Boillot ; *Procédures* 2002, comm. 1, obs. R. Perrot ; V. en dernier lieu : Cass. 2e civ., 19 oct. 2017, n° 16-21.813 : *RDC* 2018, p. 76, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet. – Cass. 1re civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.103 : *Procédures* 2018, comm. 198, obs. L. Weiller.

[1023]H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, p. 208 et s., spéc. p. 215-216.

[1024]V. *infra*, n° 1341.

[1025]Cass. 1re civ., 25 avr. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 79, note J. El Ahdab.

[1026]V. CPC, art. 854 et s. sur l'introduction de l'instance : « La demande en justice est formée par assignation ou par la remise au greffe d'une requête conjointe » (art. 854).

La formation et la validité de la convention d'arbitrage

258. – Plan. Évoquer la formation d'une convention, consiste nécessairement à poser les conditions d'arbitrabilité (Chapitre 1), de fond (Chapitre 2) comme de forme (Chapitre 3). Tandis que les conditions de fond touchent nécessairement à la matière litigieuse et à son arbitrabilité, ainsi qu'au consentement et à la capacité des parties à la convention d'arbitrage, les conditions de forme sont marquées précisément par une certaine absence de formalisme. Au final, il s'agit d'une somme d'exigences limitées qui font du régime de la convention un corps de règles reconnues pour être plutôt libérales, que l'on se penche sur le droit interne ou sur le droit international de l'arbitrage. Il conviendra finalement d'analyser la sanction du non-respect des conditions de validité de la convention d'arbitrage (Chapitre 4).

Chapitre 1

Les conditions de fond de la convention d'arbitrage : l'« arbitrabilité »

259. – La question de l'arbitrabilité doit être envisagée dans ses principes, en théorie et afin d'en bien saisir les contours (Section 1) mais ne saurait se comprendre sans un examen plus pratique des principaux champs litigieux concernés, de sorte à dresser un bilan le plus complet et pertinent possible (Section 2).

Section 1

La notion d'arbitrabilité

260. – Définition et confusion. La notion d'arbitrabilité se définit comme « la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres »[1027]. Malgré cette définition communément admise, elle est souvent mal interprétée et entraîne des confusions. Il en est ainsi de la distinction entre arbitrabilité dite *objective* (*ratione materiae*) qui concerne des domaines particuliers fermés à l'arbitrage et arbitrabilité dite *subjective* (*ratione personae*) intéressant des arbitrages interdits à certaines personnes.

L'arbitrabilité se réfère aujourd'hui plus volontiers à la question de l'arbitrabilité objective. L'arbitrabilité dite subjective est parfois considérée comme « un abus de langage »[1028]. Elle doit s'entendre comme une question de capacité, la capacité d'une partie à agir en arbitrage, à faire partie d'une procédure d'arbitrage. Elle se pose notamment concernant la capacité d'un État ou des personnes morales de droit public (collectivités publiques ou organismes et établissements publics) à participer à un arbitrage[1029].

Le législateur a quelque peu contribué à alimenter, dès l'origine, cette confusion. Ainsi, l'article 2060 du Code civil vise les deux hypothèses d'arbitrabilité, presque de manière inextricable : tandis que la première partie du texte vise les litiges liés aux questions d'état et de capacité des personnes, et ceux relatifs au divorce et à la séparation de corps, la seconde partie bascule vers le critère subjectif en évoquant « les

---

[1027] P. Level, *L'arbitrabilité : Rev. arb.* 1992, p. 213, spéc. p. 213.
[1028] C. Jarrosson, *Arbitrabilité : Présentation méthodologique : RJ com.* 1996, n° 1, p. 1.
[1029] V. *infra*, n° 435 .

contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Il s'agit donc d'un mélange des genres où sujets et objets sont imbriqués. Malgré ce texte, une partie de la doctrine soutient notamment qu'un État, par sa nature, a la pleine capacité juridique, y compris pour compromettre, et que, si certains types de litiges ne peuvent être soumis à l'arbitrage, cela n'est dû qu'à la nature du litige et aux considérations d'intérêt public plutôt qu'à la question de leur capacité[1030].

261. – Plan. Si le débat demeure essentiellement doctrinal, il est nécessaire d'appréhender la question de l'arbitrabilité selon une approche objective en premier, c'est-à-dire en fonction de l'objet même du litige et pour déterminer si ce dernier se rapporte à une matière, et dans cette matière, à des questions, qui peuvent être tranchées par la voie de l'arbitrage. C'est en cela que l'arbitrabilité touche à l'une des conditions de fond relatives à la validité de la convention d'arbitrage. L'arbitrabilité objective, notion évasive et évolutive, s'étend. Il s'agira donc de traiter la question des critères applicables à cette notion en droit interne (§ 1) ainsi qu'en droit international (§ 2), pour ensuite s'intéresser à son contrôle (§ 3).

§ 1. – Les critères de l'arbitrabilité d'un litige en droit interne

262. – La libre disponibilité des droits, critère transactionnel et arbitral. L'article 2059 du Code civil est au fondement de la notion d'arbitrabilité de façon objective[1031] : il pose comme critère pour « compromettre »[1032], la « libre disposition des droits »[1033], ce qui implique, inversement, que tous les droits dont on a la libre disponibilité sont arbitrables. Ce critère rejoint notamment celui qui est utilisé en matière de transaction (C. civ., art. 2044), même si l'arbitrage et la transaction restent deux modes distincts de résolution d'un litige : alors qu'un arbitrage laisse à la libre appréciation et détermination d'un tiers le sort de ces droits, une transaction est scellée en principe par les seules parties (sauf intervention d'un médiateur) par le biais de concessions réciproques[1034]. Dans les deux cas, toutefois, le litige reste la chose des parties qu'elles décident de remettre à la décision d'un tiers ou elles-mêmes, dans l'un ou l'autre cas, pour le régler définitivement[1035]. Si une partie peut valablement et

---

[1030]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 539.

[1031]Auparavant CPC, art. 1003 (changement avec la loi du 5 juillet 1972).

[1032]Provenance du mot « compromettre » du latin *compromittere*. – G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018, V° *Compromettre*. Le terme « compromettre » se définit comme le fait de conclure un « compromis » d'arbitrage. Un compromis d'arbitrage étant défini comme une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes (en litige sur des droits dont elles peuvent disposer) décident d'en confier la solution non à la justice étatique mais à un ou plusieurs arbitres de leurs choix.

[1033]V. C. civ., art. 2059 qui dispose : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

[1034]H. Slim, *Transaction : JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 240, 29 août 2017, spéc. n° 56. – C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 202-203. – Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIe siècle », Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 : JCP* G 28 nov. 2016, n° 48, p. 2219, spéc. 2231.

[1035]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 166, n° 223 : « Contrairement à la transaction, les parties ne conviennent pas du sort à réserver aux droits en litige en recourant à un arbitre. (…) La seule renonciation porte sur le droit de recourir à la justice étatique (qui s'exprime par la mise en œuvre du droit de saisir un arbitre, droit dans notre esprit équivalent) ».

directement renoncer à un droit, *via* une transaction, elle devrait *a fortiori* pouvoir laisser un tiers indépendant juger de son sort juridique.

Une fois ce critère transactionnel posé, qui n'est que de surface, la notion de libre disponibilité des droits n'est toutefois pas plus aisée à cerner. Parfois assimilée à la « matière patrimoniale », elle renvoie aux « rapports de droits appréciables en argent qui ont tout sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique »[1036]. Pour autant, le caractère patrimonial n'explique pas tout, car, même appréciable financièrement, un droit peut être encadré par une loi interdisant toute renonciation ou mise à disposition en faveur de la justice privée[1037]. Il est ainsi plus juste et commode d'approcher la notion négativement : « des droits indisponibles c'est-à-dire des droits que l'ordre public interdit au titulaire de disposer, c'est-à-dire encore d'abandonner »[1038]. C'est le système juridique où cet ordre public est défini qui posera les limites de cette libre disponibilité[1039], sans qu'il ne soit toujours possible de savoir si l'interdiction est la règle générale ou l'exception.

263. – Une interdiction d'arbitrer certaines matières. Une restriction, légale, à l'arbitrabilité est d'ailleurs insérée par le même article 2060 du Code civil[1040]. Ce texte établit un principe d'inarbitrabilité absolue de certaines matières et notamment des litiges liés à l'état et la capacité des personnes, ainsi que certains sujets relevant du cœur du droit de la famille (divorce et séparation). Ces matières sont considérées en France comme mettant en jeu des droits toujours indisponibles, parce que constituant le cœur des droits extrapatrimoniaux. Ce choix d'exclure cette typologie de litiges est une exclusion traditionnelle du droit français, bien que ce départ, qui se présente comme *a priori* absolu, pourrait être, en fait et comparé à d'autres juridictions, relativisé[1041]. À titre d'exemple, un arrêt récent de la cour d'appel de Paris, très pédagogique, permet d'illustrer cette relativité. Si cette décision rappelle que l'inarbitrabilité concerne des « droits indisponibles », elle admet que la matière immobilière est arbitrable bien qu'elle porte sur des droits réels qui nécessitent le respect de certaines formalités. L'arrêt, pour refuser la demande d'annulation de la sentence arbitrale, a retenu qu'« il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles de droit impératives, sous le contrôle du juge de l'annulation. Quand bien même le tribunal arbitral attribuerait un droit réel sur les biens immobiliers en cause, (…) il appartiendrait alors à la juridiction arbitrale de faire respecter les règles rendant opposables aux parties et aux tiers la constitution de ce droit réel immobilier, la matière en elle-même n'étant pas de celles qui sont inarbitrables, les prétentions ne portant pas sur des droits indisponibles au jour où le tribunal arbitral est saisi et n'intéressant pas l'ordre public au sens de l'article 2060 du Code civil »[1042].

[1036]F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2018, p. 3. – D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, spéc. p. 1132, définissent le patrimoine comme « un ensemble (universalité) de biens appartenant à un sujet de droit, qui les utilise dans un but donné qui peut être soit leur exploitation, soit leur transmission à son successeur, soit cumulativement les deux ».

[1037]Par ex. : les droits (même patrimoniaux) du salarié dans le cadre de son contrat de travail sont inarbitrables pendant la durée du contrat de travail.

[1038]E. Loquin, *Arbitrabilité et protection des parties faibles*, Travaux comité fr. DIP, 17e année, 2004-2006, 2008, p. 135-164, spéc. p. 141.

[1039]Ce qui pose la question du droit applicable à l'arbitrabilité : v. *infra*, nos 269, 455 et s.

[1040]L'article 2060 du Code de procédure civile était auparavant l'article 1004 du Code de procédure civile (changement avec la loi du 5 juillet 1972).

[1041]V. *infra*, n° 337 .

[1042]CA Paris, 12 nov. 2019, n° 17/11962, *Immosport*.

264. – L'ordre public : une interdiction plus générale. Au-delà de l'article 2059 du Code civil et des matières spécifiquement désignées comme inarbitrables par l'article 2060, un critère négatif peut également être pris en compte. À s'en tenir à la lettre de l'article 2060 du Code civil, l'arbitrage est interdit dans toutes les matières qui « intéressent » l'ordre public[1043], ce qui donne la possibilité au législateur de restreindre le champ des matières susceptibles d'être arbitrées en édictant des règles « déclarées » d'ordre public. Par « ordre public », il faut ici comprendre l'ordre public tel qu'il est entendu par l'article 6 du Code civil, c'est-à-dire un ordre public qui interdit de déroger « aux intérêts qu'il protège et qui sont relatifs à l'organisation de la société »[1044]. À l'origine, l'objectif était de « protéger » certains domaines juridiques, considérés comme fondamentaux, et desquels le législateur estimait que la compétence arbitrale devait être exclue, soit pour protéger l'intérêt général (compétence exclusive de certains tribunaux, comme les conseils prud'homaux) ou des intérêts privés (protéger des parties faibles)[1045]. Pour autant, peu de systèmes font expressément référence à la notion d'ordre public dans leurs critères d'arbitrabilité en raison notamment du manque de clarté d'une telle notion[1046]. L'article 2060 du Code civil reprend d'ailleurs l'interdiction générale de l'arbitrage en matière administrative[1047] et exclut, dans la même veine, du champ de l'arbitrabilité les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public[1048]. Pour autant, le législateur pose certaines exceptions à cette interdiction générale (listées dans le Code de justice administrative)[1049].

265. – Une interdiction largement tempérée. Il semble aujourd'hui que l'article 2060 du Code civil a été en partie vidé de sa substance par des dispositions législatives spécifiques[1050] et la jurisprudence française dans ce domaine : le lien avec l'ordre public n'est plus considéré comme une limite absolue à l'arbitrabilité, ni même comme un critère, qui en pratique n'a plus vocation à s'appliquer.

[1043]Il est important de souligner qu'il s'agit là de l'ordre public apprécié au niveau de la convention d'arbitrage et non de l'ordre public selon la sentence arbitrale.

[1044]Ch. Jarrosson, *L'arbitrabilité : Présentation méthodologique*, préc., spéc. p. 3. – S. Amrani et ENM, *Les nouveaux marchés de l'arbitrage, vers une privatisation de la justice, Actes du colloque du 20 décembre 2019 : JCP* G 17 févr. 2020, suppl. au n° 7-8.

[1045]E. Loquin, *L'ordre public et l'arbitrage : RJ com.* juill.-août 2018, n° 4, p. 1, spéc. p. 5-6. – B. Mercadal, *Contrat et ordre public : BRDA* 15 mars 2018, p. 17 et s.

[1046]V. J. D.M. Lew, L. A. Mistelis et S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 187, spéc. p. 200.

[1047]Interdiction qui remonte à 1806 lors de la rédaction originale du Code de procédure civile. Initialement l'interdiction reposait sur les dispositions des articles 83 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile de 1806 qui excluaient tout compromis dans les affaires communicables au ministère public.

[1048]B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Lextenso, 2018, § 1134.

[1049]V. *infra,* n° 280 et s.

[1050]À titre d'exemple, l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 autorise l'État, les départements et les communes à recourir à l'arbitrage dans les conditions prévues par le Code de procédure civile « pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures » et l'article 132 du Code des marchés publics énonce que : « Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du Nouveau Code de procédure civile. Pour l'État, ce recours doit être autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie ». D'autres exemples concernent la SNCF (L. n° 82-1153, 30 déc. 1982, art. 25), la Poste et France Télécom (L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 28), l'Office national d'études de recherches aéronautiques (ONERA) (D. n° 84.31, 11 janv. 1984, art. 11 et 11.5°), les établissements publics d'enseignement supérieur (D. n° 2000-764, 1er août 2000 ; V. C. éduc., art. L. 123-6) ; pour une liste plus détaillée, v. *infra*, n° 285 et s.

Un arrêt ancien *Tissot*, de 1951, a en premier initié cette évolution en affirmant qu'il est possible d'arbitrer des litiges qui mettent en cause des règles d'ordre public, tout en précisant que le seul fait qu'une règle d'ordre public s'applique à un litige en cours ne suffit pas à entraîner la nullité d'un compromis arbitral[1051]. La jurisprudence a progressivement élargi cette exception, en permettant à l'arbitre d'appliquer au fond du litige des principes relevant de l'ordre public[1052], jusqu'à même sanctionner une partie du fait de la violation d'une règle d'ordre public[1053]. De même, le législateur est intervenu en 2001 pour supprimer l'inarbitrabilité et l'invalidité de principe en matière civile posée par l'ancien article 2061 du Code civil qui, renversé, validerait désormais par principe la clause compromissoire en droit interne (à l'exception des cas dans lesquels il existerait des dispositions particulières l'interdisant).

266. – Un bloc persistant d'inarbitrabilité. Face à certains contentieux spéciaux, on peut considérer qu'un bloc d'inarbitrabilité de matières a émergé et dépasse les restrictions posées par l'article 2060 du Code civil (et notamment l'interdiction générale de l'arbitrage en droit administratif). Il s'agit de droits considérés comme étant *principalement* (et non exclusivement) indisponibles. L'adverbe s'explique par le fait que certains aspects pécuniaires de la matière peuvent être réglés par arbitrage, alors que les causes extrapatrimoniales restent exclusivement réservées à l'État[1054]. À titre d'exemples, on compte, essentiellement, le droit pénal, l'état et la capacité des personnes, l'effet *erga omnes* de certaines décisions notamment en matière immobilière ou de propriété intellectuelle, le droit des procédures collectives, le droit de la famille. La disponibilité des droits dépendra aussi du moment où la conclusion de la convention d'arbitrage se situe (avant ou après la naissance du litige), comme c'est notamment le cas en droit du travail[1055]. Enfin, il arrive que le législateur donne compétence exclusive absolue dans certaines matières au juge étatique qui n'implique pour autant pas nécessairement une exclusion de l'arbitrage. C'est la volonté du législateur qu'il faut alors examiner en vérifiant s'il entendait concentrer dans les mains d'une unique juridiction les contentieux liés à la matière (par ex. en matière de brevets)[1056].

267. – Arbitrage international. En droit français, coexistent deux textes pour définir l'arbitrabilité (C. civ., art. 2059 et 2060), c'est-à-dire une définition de l'arbitrabilité incluant le critère de disponibilité des biens cumulé avec le critère négatif d'exclusion de matières en lien avec à l'ordre public. Pour autant, ces critères ne sont pas applicables à l'arbitrage international. En effet, l'arbitrabilité d'un litige international se vérifie au regard à la fois des lois de police françaises et étrangères applicables à l'espèce en cause et qui touchent à l'ordre public international[1057].

[1051]Cass. com., 29 nov. 1950, *Tissot : D.* 1951, p. 170 ; *S.* 1951, 120, note Robert.

[1052]CA Paris, 16 févr. 1989 : *Rev. arb.* 1989, p. 711, note L. Idot.

[1053]Cass. com., 9 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier ; V. encore : CA Paris, 20 mars 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 341, qui énonce que « l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle ».

[1054]P. Level, *L'arbitrabilité : Rev. arb.* 1992, p. 213, spéc. p. 222.

[1055]Cass. soc., 5 nov. 1984, n° 82-10.511 qui énonce que « la compétence exclusive du conseil des prud'hommes ne fait pas obstacle à la conclusion, entre les parties, d'un compromis d'arbitrage après la rupture du contrat de travail ». V. *infra*, n° 331 et s.

[1056]C. Jarrosson, *L'arbitrabilité : Présentation méthodologique : RJ com.* 1996, p. 1, spéc. p. 5, v. infra, n° 337 et s.

[1057]C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, nov. 2019, p. 655 ; v. *infra*, n° 457 et s.

268. – Droit comparé. L'arbitrabilité d'un litige est une notion difficile à définir universellement, notamment en raison de son rattachement presque inextricable à la notion à l'ordre public alors que cette notion varie d'un État à l'autre. À la faveur de l'arbitrage international et d'un ordre public international encore plus restreint, les critères développés aux articles 2059 et 2060 du Code civil restent propres au droit interne français. De nombreux pays, notamment civilistes, approchent difficilement cette notion et ne retiennent que le critère vague de la libre disponibilité. C'est le cas notamment du droit brésilien[1058] ou encore du droit interne suisse[1059]. Pour autant, d'autres critères existent et peuvent favoriser une approche plus économique, qui s'attache à la disponibilité des droits. En effet, le droit international suisse[1060] ou le droit belge[1061], admettent l'arbitrabilité de toutes les matières d'ordre patrimonial, de manière encore plus large qu'en droit français, pourtant déjà perçu comme favorable à l'arbitrage. De même aux États-Unis, un litige ne sera exceptionnellement considéré comme inarbitrable que dans les cas où il existe un intérêt substantiel établi dans une loi fédérale[1062]. La loi anglaise sur l'arbitrage contient également un cadre complet qui s'applique aux arbitrages siégeant en Angleterre et en Irlande du Nord. Cependant, il n'existe pas de dispositions expresses concernant la question de l'arbitrabilité[1063]. Il a été établi par la jurisprudence anglaise que pour savoir si l'objet d'un litige est arbitrable ou non, cela dépend du « degré d'intervention de l'État et d'intérêt public tel qu'il serait inapproprié d'en disposer autrement que par une procédure judiciaire »[1064].

§ 2. – L'objet « licite » de la convention d'arbitrage international : l'arbitrabilité

269. – Contours de la notion d'arbitrabilité. On le sait, les contours de la notion d'arbitrabilité ne sont pas clairement établis en droit interne et il en va de même, *a fortiori*, pour l'arbitrabilité internationale. Les conventions internationales, et notamment la Convention de Genève ou la Convention de New York, n'ont pas pris le soin de définir cette notion dans leurs dispositions substantielles.

270. – Arbitrage international : non-application des articles 2059 et 2060 du Code civil. Dès lors, la question de la portée internationale des articles 2059 à 2061 du

---

[1058]Droit brésilien, CPC, art. 1072 et article 1 de la loi sur l'arbitrage du 23 septembre 1996 qui dispose que sont arbitrables « les litiges relatifs à des droits patrimoniaux disponibles ».

[1059]L'article 354 du Code de procédure civile énonce pour l'arbitrage interne que : « L'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties ».

[1060]LDIP, art. 117 qui dispose que : « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ».

[1061]C. jud. belge, art. 1676 : « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage ».

[1062]À titre d'exemple, v. les réclamations des employés de certaines entreprises publiques, régies notamment par U.S.C. § 1057(d) qui interdit les accords d'arbitrage préalables aux litiges affectant les droits de protection d'une personne employée par une entité soumise à la réglementation du *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) en charge de ces protections ; v. égal. le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, § 748 qui énonce qu'« aucune convention d'arbitrage antérieure au litige ne sera valide ou exécutoire, si la convention exige l'arbitrage d'un litige découlant de la présente section ».

[1063]La section 1 des « Dispositions générales » de la loi anglaise sur l'arbitrage prévoit que : « Les dispositions de la présente Partie sont fondées sur les principes suivants et doivent être interprétées en conséquence (…) (*b*) Les parties doivent être libres de convenir de la manière dont leur différend est réglé, sous réserve uniquement des garanties nécessaires dans l'intérêt public ».

[1064]*Fulham Football Club (1987) Ltd* v. *Richards* [2011] EWCA Civ 855.

Code civil, seules véritables dispositions en droit français qui évoquent et restreignent la question, s'est posée devant les tribunaux français, qui ont, très tôt, permis de neutraliser leur application. En effet, l'arbitrabilité d'un litige international est cantonnée à l'application de lois de police françaises et éventuellement étrangères, intéressant le litige. Cette limitation fut d'abord développée par la Cour de cassation en 1966 dans le célèbre arrêt *Galakis* relatif à un litige entre un armateur grec et l'État français qui avait tenté, en vain, de se prévaloir de l'article 2060 du Code civil pour tenter de soustraire l'arbitrage[1065]. La Cour de cassation décidait que la restriction à l'arbitrage prévue par cette disposition n'est pas applicable aux contrats internationaux « qui sont conclus pour les besoins du commerce maritime et dans des conditions conformes aux usages de celui-ci ». Il faut noter que ce n'est qu'en 1999 que l'article 2061 du Code civil relatif à la validité de la clause compromissoire, à l'époque bien plus restrictif encore en droit interne qu'il ne l'est dans sa rédaction actuelle, a lui aussi vu son application écartée dans l'arrêt *Zanzi*. À compter de cette décision, la jurisprudence française a constamment affirmé la validité d'une clause compromissoire en arbitrage international, abstraction faite de toute condition commerciale ou professionnelle[1066].

271. – La limite de la perception française de l'ordre public international, arrêt *Ganz*. Dans l'arrêt *Ganz* de 1991, la cour d'appel de Paris a posé des limites à ce libéralisme touchant à la validité au fond de la convention d'arbitrage en énonçant le principe selon lequel les litiges qui touchent au plus près à l'ordre public international ne sont pas arbitrables. En effet, la cour a considéré que les litiges touchant à l'ordre public international sont des litiges qui ne doivent pas pouvoir se soustraire aux juridictions étatiques. Pour autant, l'arrêt *Ganz* a également affirmé le principe selon lequel un arbitre peut tout de même appliquer des règles d'ordre public. L'arbitre peut appliquer les règles d'ordre public et sanctionner leur violation, impliquant ainsi que l'ordre public n'est pas un obstacle à l'arbitrage. En effet, la cour a énoncé qu'en « matière internationale, l'arbitre (…) dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de l'ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation »[1067].

272. – Arrêt *Labinal*. Ce principe a également été affirmé par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Labinal* 19 mai 1993 : « Si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause »[1068]. En conséquence, le contrôle par les juges étatiques de l'arbitrabilité du litige s'exerce au regard des règles françaises relevant de l'ordre public international. Pour autant, le domaine de l'ordre public international français[1069] ne doit pas se confondre avec l'ordre public français et

---

[1065]Cass. 1re civ., 2 mai 1996, n° 61-12.255, *Trésor public* c/ *Galakis : Bull. civ.* 1996, I, n° 256.

[1066]Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Zanzi*, n° 96-21.430, *Bull. civ., I*, n° 2, p. 1.

[1067]CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz : Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. Idot.

[1068]CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal : Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson.

[1069]Cass. 1re civ., 21 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard : « Ayant retenu qu'un contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu important que l'achat en cause fût destiné à un usage personnel, une cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ».

il est d'ailleurs plus restreint[1070]. En effet, il s'agit « des valeurs vues à travers le prisme du système juridique français qui ne sauraient souffrir d'une quelconque contrariété dans l'ordre international »[1071]. Le juge prendra également en compte les lois d'un État qui pourrait être aussi concerné par le litige[1072].

273. – L'arbitrabilité des litiges internationaux limitée par les lois de police, arrêt *Dalico*. Une autre limite à l'arbitrabilité d'un litige en matière internationale fut développée dans la jurisprudence *Dalico* de 1993. Dans cet arrêt, il est établi que pour vérifier la validité d'une clause compromissoire, le juge devra prendre en compte les règles impératives du droit français et de l'ordre public international[1073]. On peut conclure que l'arbitrabilité d'un litige international se vérifie au regard à la fois des lois de police[1074] françaises et étrangères qui s'appliquent au cas d'espèce et qui touchent à l'ordre public international.

§ 3. – Le contrôle de l'arbitrabilité

274. – L'arbitre compétent pour apprécier sa propre compétence. Si l'arbitre est libre de décider de sa propre compétence et donc de l'arbitrabilité du litige, le juge étatique garde une certaine mainmise sur la notion à l'occasion d'un contrôle *a posteriori* de la sentence arbitrale. En matière d'arbitrage interne, le principe est clairement posé en vertu de l'article 1465 du Code de procédure civile : c'est à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence et donc d'apprécier l'arbitrabilité ou non d'un litige. En effet, l'arbitre est le seul compétent pour statuer sur sa propre compétence (applicable également à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 du Code de procédure civile).

275. – L'exception de non-arbitrabilité manifeste. Pour autant, une exception existe. En effet, il est prévu à l'article 1448 du Code de procédure civile que, dans une situation d'incompétence et donc de non-arbitrabilité « manifeste » au regard du litige, le juge doit pouvoir se prononcer sur l'arbitrabilité du litige[1075]. À l'inverse, si le juge saisi au fond est interrogé sur l'arbitrabilité du litige (malgré l'existence d'une convention d'arbitrage), celui-ci devra renvoyer l'affaire devant le tribunal arbitral et se déclarer incompétent si le litige est arbitrable[1076]. En pratique une inarbitrabilité n'est qu'exceptionnellement manifeste[1077]. Une telle limite au contrôle des juges est

---

[1070]B. Mercadal, *Contrat et ordre public : BRDA* 15 mars 2018, p. 20.

[1071]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 594.

[1072]C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, nov. 2019, p. 641.

[1073]Cass. 1re civ., 20 déc. 1994, *Municipalité de Khoms El Mergeb* c/ *Sté Dalico : Rev. arb.* 1994, p. 117, note H. Gaudemet-Tallon.

[1074]La loi de police est une disposition d'un État qui s'impose quelle que soit la règle de conflits de lois applicable. Elle s'impose car elle vise à la sauvegarde de l'organisation sociale, politique et économique d'un pays ; V. CA Versailles, 12 mars 2020, n° 19/07463, rappelant que « le fait d'invoquer l'application au demeurant contestée d'une loi de police au litige (…) est inopérante pour écarter la mise en œuvre de la clause compromissoire ».

[1075]CPC, art. 1448 : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

[1076]J. Ortscheidt et C. Seraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., nos 687 et s.

[1077]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., juill. 2015, n° 105.

nécessaire afin d'éviter une multiplication des manœuvres dilatoires auxquelles les parties pourraient se laisser tenter pour se soustraire à l'arbitrage[1078].

276. – Le contrôle *a posteriori*. Application ou non du principe de compétence-compétence, les juges étatiques gardent un certain contrôle sur l'arbitrabilité des litiges, non par priorité, mais si la validité de la sentence ou son *exequatur* sont contestés après coup[1079]. Dans le cadre d'un recours en annulation, s'il est allégué que le litige concerne une matière inarbitrable, le motif au fondement du recours s'appuiera sur le fait que les arbitres ne sont pas compétents (V. CPC, art. 1492, al. 1er). En droit interne, ce premier contrôle exercé par les juges étatiques se fait uniquement par le contrôle de la compétence des arbitres[1080]. Le contrôle de l'arbitrabilité ne peut pas se fonder sur l'alinéa 5 de l'article 1492 du Code de procédure civile, qui vise uniquement la conformité de la sentence à l'ordre public[1081]. Le juge peut aussi contrôler l'arbitrabilité du litige au stade de la demande d'*exequatur* de la sentence interne[1082].

277. – Droit comparé : l'exemple du droit américain. La majorité des droits étatiques considèrent que l'arbitre est compétent pour apprécier sa propre compétence mais des différences existent entre les pays sur l'application de ce principe, s'agissant notamment de la question de l'arbitrabilité. Ainsi, aux États-Unis, malgré le principe d'arbitrabilité présumée du litige, ce libéralisme reste contrôlé : même si tous les litiges sont *a priori* arbitrables, le juge américain a un droit de regard appelé *second look doctrine* qui permet de sauvegarder les intérêts nationaux au stade de l'exécution de la sentence (selon la célèbre jurisprudence *Mitsubishi* v. *Soler*[1083]). D'ailleurs, ce n'est pas toujours l'arbitre qui décide, aux États-Unis, de la question de l'arbitrabilité, laquelle dépend de ce que les parties ont décidé à ce sujet dans le contrat. Si les parties ont prévu une telle exclusion dans la convention d'arbitrage, ce sera au juge étatique de décider, y compris si l'arbitrage est international[1084], de l'arbitrabilité ou non du litige[1085], ce qui exclut toute délégation aux arbitres dans ce cas d'exclusion[1086]. Ainsi, le fait que l'arbitre puisse décider de l'arbitrabilité n'est pas automatique et résulte d'une présomption de délégation s'il y a une « preuve claire et non ambiguë » de la volonté de déléguer ce pouvoir à l'arbitre, alors que cela revient, par défaut et en l'absence d'une telle délégation, aux tribunaux étatiques[1087].

[1078] O. Cachard, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2006, vol. 2, p. 893, spéc. p. 903-905. V. *infra*, n° 522 et s.

[1079] V. *infra*, nos 1557, 1586 et 1673.

[1080] V. Cass. 1re civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080. Il a été établi que les arbitres étaient compétents pour connaître des litiges entre opérateurs économiques relatifs à la rupture brutale de leur relation commerciale établie sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Ces litiges ont été déclarés arbitrables.

[1081] E. Loquin, *Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitrable : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1024, 11 mai 2016, n° 7.

[1082] C. Seraglini et J. Ortscheidt, préc., p. 456, n° 491 ; V. égal. Conv. New York, art. V(2) qui dispose que : « La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : (*a*) que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

[1083] *Mitsubishi Motors Corp.* v. *Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473 U.S. 614 (1985). Dans cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis a validé une clause compromissoire qui était insérée dans un contrat de distribution automobile considérant ainsi que le droit de la concurrence et, plus largement, les matières liées à l'ordre public étaient arbitrables en droit américain.

[1084] *China Minmetals Materials Import and Export Co. Ltd.* v. *Chi Mei Corp*, 334 F.3d 274 (3d Cir. 2003).

[1085] *First Options of Chicago* v. *Kaplan*, 514 U.S. 938, 115 S.Ct. 1920 (1995).

[1086] *Archer and White Sales, Inc.* v. *Henry Schein, Inc*, n° 16-41674 (5th Cir. Aug. 14, 2019) ; V. G. Sassine et K. Nasir Gore, *2019 In Review : Noteworthy Developments in the United States : Kluwer Arbitration Blog* 5 févr. 2020.

[1087] *Manual Mendoza* v. *Fred Haas Motors Ltd*, 2020 U.S. App. Lexis 27779, Case n° 20-20123.

278. – Conclusion. L'extension indéniable du domaine arbitrable, en théorie et en droit interne, se voit confirmée, *a fortiori* sur le plan international[1088], mais aussi dans un certain nombre de litiges qu'il convient d'examiner de manière particulière et plus approfondie, bien que de manière non exhaustive.

Section 2

Les (in)arbitrabilités spécifiques

279. – Si la question de la validité de la convention d'arbitrage – et notamment de la clause compromissoire – dans différents domaines du droit sera essentiellement examinée ici, il ne s'agira pas d'aborder l'(in)arbitrabilité au sens strict, mais parfois aussi celle de l'(in)opposabilité de la convention d'arbitrage et donc plus largement du recours à l'arbitrage, sans que la validité, au sens strict, de ladite convention ne soit posée. Cet examen sera fait aussi sans se préoccuper, de manière structurelle, de la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, le découpage entre les développements relatifs aux deux types d'arbitrages ne se voulant pas ici stricts, ces derniers n'étant pas systématiquement compartimentés pour des raisons de commodité et de présentation.

§ 1. – Les (in)arbitrabilités en raison de la nature publique des personnes ou des litiges

A. – L'(in)arbitrabilité subjective relativement aux États et aux personnes publiques

280. – Définitions. On peut définir le droit administratif comme étant « la branche du droit public interne qui comprend l'organisation et l'activité de ce qu'on appelle couramment l'Administration, c'est-à-dire l'ensemble des autorités, agents et organismes, chargés, sous l'impulsion des pouvoirs politiques, d'assurer les multiples interventions de l'État moderne »[1089]. Ainsi, « un contrat est de droit public à la fois parce qu'au moins une des deux parties est une personne publique et parce que le régime juridique applicable relève du droit public »[1090].

Il est fréquent de voir des personnes publiques parties à un arbitrage international pour la résolution d'un litige, même si la loi d'origine de la personne publique prohibe généralement un tel recours. Cette interdiction peut se manifester de deux façons : soit elle est attachée à la qualité de personne publique, soit à la nature administrative ou de droit public du contrat la stipulant[1091]. Il existe ainsi un *hiatus* entre la volonté contractuelle de la personne publique et son droit national d'origine.

[1088] V. *infra*, n° 458.

[1089] A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 3e éd., 1963, p. 11, § 2.

[1090] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4e éd., 2004, p. 20, § 22.

[1091] M. Audit, *L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif*, in *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage – Pour un cadre commun de référence*, ss dir.

281. – Plan. Il est intéressant de revenir sur l'origine de cette interdiction et ses fondements pour étudier ensuite sa portée et ses nombreuses exceptions.

1° Le principe : l'arbitrage interdit en droit public

282. – Origines et rareté du principe. Depuis le XIX^e^ siècle, les jurisprudences administrative et judiciaire interdisent aux personnes publiques le recours à l'arbitrage. Les anciens articles 1004 et 83 du Code de procédure civile, qui excluaient tout compromis dans des affaires communicables au ministère public, constituaient en quelque sorte la « façade législative » à cette interdiction non écrite[1092]. Ce rare principe, dont l'application est indifférente au contenu de l'activité, a été par la suite confirmé par la loi du 5 juillet 1972 modifiant l'article 2060 du Code civil[1093]. Mais, d'après l'avis du Conseil d'État du 6 mars 1986, l'article 2060 ne fait que confirmer « les principes généraux du droit public français »[1094].

283. – Fondements du principe. Certains auteurs considèrent que ce principe a été mis en place pour éviter que les collectivités publiques ne manifestent une « fâcheuse désaffection » vis-à-vis de la justice d'État[1095] tandis que les personnes publiques devraient « donner l'exemple » et saisir, en cas de litige, les juridictions établies à cette fin par la loi[1096]. D'autres considèrent qu'une autre raison se cache derrière ce principe : le fait qu'une convention d'arbitrage touche à la compétence juridictionnelle, tandis que la répartition des compétences entre ordres de juridiction est du domaine de la loi[1097]. Cependant, ces raisons ne convainquent pas d'autres auteurs qui pensent que « d'un autre côté, l'arbitrage est mieux connu et l'on en mesure plus précisément les intérêts et les dangers. Des précédents existent désormais qui acclimatent l'idée que les procédures arbitrales sont aptes à résoudre, au même titre et aussi bien que le recours au juge, les différends intéressant l'État et de façon plus générale, les collectivités publiques »[1098].

284. – Les conséquences du principe. Lorsqu'une personne publique conclut un contrat prévoyant une clause compromissoire, elle pourra ensuite invoquer l'incompétence du tribunal arbitral posée par le principe. Sur le plan international, les tribunaux arbitraux rejettent généralement ce moyen[1099]. Une personne publique pourra aussi soulever l'inarbitrabilité tirée de ce principe devant le juge français saisi d'une

---

F. Osman et L. Chedly, Bruylant, 2015, p. 141.

[1092]Concl. Gazier ss CE, 13 déc. 1957, *Sté nationale de vente des surplus : D.* 1958, 517.

[1093]C. civ., art. 2060 : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

[1094]CE, avis, 6 mars 1986 : *EDCE* 1987, n° 38, p. 178.

[1095]Concl. Gazier ss CE, 13 déc. 1957, *Sté nationale de vente des surplus : D.* 1958, 517.

[1096]J. Antoine, *L'arbitrage en droit administratif : LPA* 6 août 2003, n° 156, p. 4.

[1097]CE, 30 juill. 1949, *Synd. intercommunal d'électrification de Plombières-les-Dijon : Rec. CE* 1949, p. 402.

[1098]D. Foussard, *L'arbitrage en droit administratif : Rev. arb.* 1990, p. 14.

[1099]Au motif du manquement à l'exigence de bonne foi : CNUDCI, 4 mai 1999, *Himpurna California, Energy Ltd* v. *PT Perusahaan Listruik Negara : Yearb. Com. Arb.* 2000, vol. XXV, p. 11 ; ou à une règle conventionnelle de droit international public comme l'Acte uniforme OHADA du 11 mars 1999 sur l'arbitrage ; ou même à une contrariété à l'ordre public transnational : *ad hoc*, 19 janv. 1977, *Texaco Overseas Petroleums Company et California Asiatic Oil Company* c/ *Lybie : JDI* 1977, p. 350-389.

demande d'*exequatur* de la sentence. Cependant, ce moyen est en principe inefficace[1100].

2° Les exceptions au principe

285. – Entités publiques autorisées à compromettre et réticence à l'usage de l'arbitrage. L'article 2060 du Code civil permet l'arbitrage à certains établissements publics à caractère industriel et commercial, mais cette voie n'a pas été empruntée avant 2002[1101]. Quelques établissements industriels et commerciaux ont été autorisés à avoir recours à l'arbitrage par voie de dispositions législatives, et non de décrets, comme la SNCF[1102], La Poste[1103] et RFF[1104].

286. – Certains contrats administratifs à statut particulier : une exception limitée. L'article L. 2397-3 du Code de la commande publique dispose que : « L'État peut recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées à l'article L. 2197-6 »[1105]. En effet, l'article L. 2197-6 du même code autorise le recours à l'arbitrage par les acheteurs de

---

[1100]Puisque, selon la jurisprudence française, la clause compromissoire s'apprécie d'après la commune volonté des parties : Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb* c/ *Sté Dalico : Rev. arb.* 1994, p. 116, obs. H. Gaudemet-Tallon ; et l'ordre public international s'oppose à l'invocation du droit national en matière d'inarbitrabilité : CA Paris, 17 déc. 1991, *Sté Gatoil : Rev. arb.* 1993, p. 281, note H. Synvet.

[1101]D. 8 janv. 2002, art. 1 : « En application du deuxième alinéa de l'article 2060 du Code civil, les établissements publics à caractère industriel et commercial mentionnés, d'une part, à l'article 146 du Code minier, d'autre part, aux articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 susvisée sont autorisés à compromettre ».

[1102]SNCF, L. 30 déc. 1982, art. 25 : « La Société nationale des chemins de fer français est soumise en matière de gestion financière et comptable aux règles applicables aux entreprises de commerce. Elle tient sa comptabilité conformément au plan comptable général. Elle développe une comptabilité permettant notamment d'apprécier les coûts économiques réels relatifs aux missions qui lui sont confiées respectivement par l'État et par les collectivités territoriales. Elle dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage. Elle est soumise au contrôle économique, financier et technique de l'État dans les conditions déterminées par décrets en Conseil d'État ». – C. transports, art. L. 2141-5 : « La Société nationale des chemins de fer français a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ».

[1103]La Poste, L. 2 juill. 1990, art. 28 : « La Poste dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ». – CJA, art. L. 311-6 : « Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :
1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau Code des marchés publics ;
2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;
3° L'article L. 321-4 du Code de la recherche ;
4° Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du Code des transports ;
5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;
6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;
7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre ».

[1104]RFF, L. 13 févr. 1997, art. 3 : « Réseau ferré de France est soumis en matière de gestion financière et comptable aux règles applicables aux entreprises industrielles et commerciales. Il tient sa comptabilité conformément au plan comptable général. Il dispose de la faculté de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage. Il peut créer des filiales ou prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un but connexe ou complémentaire à ses missions. Dans le cadre des objectifs du groupe, ces filiales ont une gestion financière autonome ; elles ne peuvent pas recevoir les concours financiers de l'État mentionnés à l'article 13.
Réseau ferré de France est soumis au contrôle économique, financier et technique de l'État. Un décret en Conseil d'État précise les règles de gestion financière, comptable et domaniale qui lui sont applicables, ainsi que les modalités du contrôle de l'État ». – C. transports, art. L. 2111-14 : « Réseau ferré de France a la capacité de transiger et de conclure des conventions d'arbitrage ».

[1105]Codification par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

droit public en matière de marchés publics, mais seulement pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures[1106]. D'autres textes ont permis le recours administratif à l'arbitrage pour des cas particuliers, comme en matière d'énergie hydraulique[1107], les assurances[1108] et les contrats de partenariat[1109]. En tout état de cause, et même si cette jurisprudence relève plus de la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif concernant l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale[1110], la portée résiduelle de la compétence arbitrale laissée désormais derrière le dernier jugement du Tribunal des conflits n'est pas claire, lorsque ce dernier a tranché que le contentieux relatif à l'occupation du domaine public ou de la commande publique relève des règles impératives du droit public français et donc de la seule compétence du juge administratif[1111].

287. – Une loi controversée. La loi du 15 juillet 1982[1112] a permis l'arbitrage pour les contrats de recherche avec les organismes étrangers, mais c'est la loi du 19 août

---

[1106]Codification par Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018 ; CCP, art. L. 2197-6 : « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet » ; V. aussi : CMP de 2006 (applicable jusqu'au 31 mars 2016), art. 128 : « Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du Code de procédure civile. Pour l'État, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie ». – TA Strasbourg, 24 janv. 1997, *Lapp : LPA* 19 mars 1997, n° 34, p. 16, note Marchessou.

[1107]L. 16 oct. 1919 sur l'énergie hydraulique, art. 25 : « Les litiges dans lesquels l'État serait engagé par l'application de la présente loi peuvent être soumis à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du Code de procédure civile. Le recours à cette procédure doit être autorisé par un décret délibéré en Conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et par le ministre de l'Économie et des Finances ». – C. énergie, art. L. 51113 : « Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, les litiges dans lesquels l'État est engagé du fait de l'application du présent livre peuvent être soumis à l'arbitrage. Le recours à cette procédure doit être autorisé par un décret en Conseil d'État délibéré en Conseil des ministres ».

[1108]C. assur., art. L. 431-2 : « La caisse centrale de réassurance peut, dans les conditions fixées par décret en conseil d'État, pris après avis du conseil d'administration de la caisse centrale de réassurance, conclure avec toutes les entreprises françaises et étrangères d'assurance et de réassurance des traités de réassurance de toute nature. Elle est autorisée à passer, dans les conditions fixées par ce décret, des traités de rétrocession sur le territoire de la République française ainsi qu'à l'étranger. Elle est, en outre, autorisée à compromettre et à transiger par dérogation à l'article 2060 du Code civil ».

[1109]Ord. 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, art. 11, I : « Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française ».

[1110]V. *infra*, n[os] 1526 et 1700.

[1111]V. aussi : T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075, *SMAC* c/ *Ryanair : Dalloz actualité*, 28 avr. 2017, obs. M.-C. de Montecler ; V. aussi : CE, 19 avr. 2013, n° 352750, *Synd. mixte des aéroports de Charente*, publié au recueil : *Dalloz actualité*, 25 avr. 2013, obs. M.-C. de Montecler ; *AJDA* 2013, p. 822 ; *ibid.*, p. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.* 2013, p. 1445, obs. M.-C. de Montecler, note P. Cassia ; *ibid.*, p. 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.*, p. 2936, obs. Th. Clay ; *RD imm.* 2013, p. 362, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2013, p. 427, obs. S. Hul ; *RTD com.* 2014, 326, obs. E. Loquin. – CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Fosmax A. (Sté)*, publié au recueil ; *AJDA* 2016, 2133 ; *ibid.* 2368, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016, 2343, obs. J.-M. Pastor ; *ibid.*, p. 2589, obs. Th. Clay ; *RFDA* 2016, 1154, concl. G. Pellissier ; *ibid.*, p. 2017, 111, note B. Delaunay ; *RTD com.* 2017, 54, obs. F. Lombard.

[1112]L. 15 juill. 1982, art. 19 : « Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés, à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration. Ils peuvent également transiger. Un décret fixe les conditions

1986[1113] – visant les contrats conclus conjointement par les collectivités mentionnées s'ils ont pour objet une opération d'intérêt national – qui a suscité l'intérêt malgré son champ d'application limité.

288. – Contrats internationaux et relations du commerce international. La jurisprudence de la Cour de cassation a introduit l'arbitrage pour les établissements publics et aux États concernant les litiges relatifs à un contrat conclu dans les relations du commerce international[1114]. Cependant, cette jurisprudence ne s'applique que pour les contrats de droit privé[1115].

289. – Conventions prévoyant des exceptions. La Convention de Washington du 18 mars 1965 met en place une exception à l'interdiction de compromettre des personnes publiques à travers son article 25 qui vise uniquement les différends en matière d'investissements que la personne publique qu'il désigne accepte de soumettre à l'arbitrage du CIRDI. En revanche, la Convention de Genève du 21 avril 1961 confère, à travers ses articles 1er-1-a et 2-1, aux personnes morales de droit public la capacité de compromettre pour le règlement des litiges relatifs aux opérations de commerce international, sous réserve que les parties aient leur siège dans des États contractants. De même, d'après l'article I de la Convention de New York de 1958, la Convention s'applique à toutes sentences étrangères, quelle que soit la nature, publique ou privée, du différend soumis à l'arbitrage[1116].

290. – Accords spécifiques prévoyant des exceptions. Un accord conclu le 6 mars 2007 entre le Gouvernement français et le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif au musée universel d'Abou Dabi[1117] a prévu le recours à l'arbitrage en cas de différends nés des multiples conventions d'application découlant de ce traité[1118]. La personne morale française pour laquelle l'arbitrage est autorisé est l'Agence internationale des musées de France visée par l'Accord, qui n'est pas réellement une personne morale de droit public puisqu'il s'agit d'une société par actions simplifiée (SAS) dont les actionnaires sont une dizaine de grandes institutions publiques chargées d'un patrimoine culturel.

---

d'octroi de ces autorisations et, le cas échéant, le délai à l'expiration duquel elles sont réputées accordées. Les conseils d'administration des établissements publics à caractère scientifique et technologique sont saisis, chaque année, de comptes consolidés incluant les filiales des établissements concernés, ainsi que des comptes de chacune des filiales ». – C. recherche, art. L. 321-4 : « Les établissements publics à caractère scientifique et technologique peuvent être autorisés à prendre des participations, à constituer des filiales, à participer à des groupements et à recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration. Ils peuvent également transiger. Un décret fixe les conditions d'octroi de ces autorisations et, le cas échéant, le délai à l'expiration duquel elles sont réputées accordées ».

[1113]L. n° 86-972, 19 août 1986, art. 9 mis en place pour satisfaire la demande de la société Walt Disney : « Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats ».

[1114]Cass. 1re civ., 14 avr. 1964, *Capitaine du San Carlo : D.* 1964, 637, note J. Robert. – Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Galakis : D.* 1966, 575, note J. Robert.

[1115]T. confl., 19 mai 1958, *Sté Myrtoon Steamship : Rec. CE* 1958, p. 793 ; *D.* 1958, 699, note J. Robert.

[1116]CA Grenoble, 13 sept. 1993, n° 92/2550, *SA CFTE* c/ *Jacques Dechavanne : Rev. arb.* 1994, p. 342-347.

[1117]Accord disponible *via* le lien : www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0180.asp.

[1118]Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement des Émirats arabes unis relatif au musée universel d'Abou Dabi, 6 mars 2007, art. 18, § 1er : « Les différends entre l'Agence et la Partie émirienne relatifs aux prestations réalisées par l'Agence, aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 2 du présent accord et relative aux services de conseil que l'Agence fournit à la Partie émirienne sont soumis à arbitrage ».

291. – Droit comparé. En matière d'interdiction de recourir à l'arbitrage pour les personnes publiques, on note une importante diversité des systèmes nationaux. Ainsi, l'Amérique latine, par exemple en Argentine[1119], et certains pays arabes prohibent largement ce recours[1120], tandis que les pays européens disposent d'une législation plus libérale[1121], ainsi que la Suisse par exemple qui est beaucoup plus souple et interdit expressément à une personne publique d'invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige[1122].

B. – L'(in)arbitrabilité de certaines matières publiques

1° Le droit fiscal

292. – Le contentieux fiscal, un contentieux « administrativement » réservé ? Le droit fiscal relève traditionnellement de la sphère publique et implique le plus souvent[1123] la compétence des tribunaux administratifs[1124]. Ce droit est considéré comme le « noyau dur » de l'ordre public car touchant à une matière régalienne de l'État, et donc à ce titre souvent perçu comme inaliénable par principe, voire de manière absolue, notamment au regard de l'article 2060 du Code civil[1125].

Dès lors, et par principe, le contentieux entre l'administration fiscale et le contribuable est considéré comme non arbitrable[1126]. En effet, la capacité de l'État à compromettre est restreinte en droit français[1127] : malgré quelques exceptions, le législateur pose l'interdiction pour l'État de compromettre, même si celle de transiger en matière fiscale a récemment été atténuée. En effet, la loi Sapin II[1128] a instauré la « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP)[1129]. Cette procédure, qui se présente comme une forme originale de « transaction pénale », permet de sanctionner les entreprises, de leur faire payer de lourdes pénalités, en échange de la fin des poursuites pénales. Au départ outil de lutte contre les seuls cas de corruption, trafic d'influence et blanchiment d'argent, elle a été étendue en 2018[1130] à la fraude fiscale en général[1131]. Cette faculté transactionnelle pourrait donc laisser présager des ouvertures futures en matière arbitrale.

293. – Les îlots d'arbitrabilité en matière fiscale. Pour autant, le fait qu'un litige touche à l'ordre public fiscal ne le rend pas en fait et *per se* inarbitrable[1132]. Seul le

---

[1119]Nouveau Code civil et commercial (2015), art. 1651.

[1120]Pour une illustration jurisprudentielle en droit tunisien, v. : TGI Tunis, 22 mars 1976, *Sté Tunisienne d'Électricité et de Gaz (STEG)* c/ *Sté Entrepose : YCA* 1978, vol. III, p. 283.

[1121]V. J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit*., n° 39, p. 191.

[1122]LDIP, art. 177, al. 2.

[1123]Le juge judiciaire reste compétent en matière de droits d'enregistrement (successions, donations, ventes…), droits de timbre, impôt de solidarité sur la fortune ou contributions indirectes).

[1124]V. plus généralement : P. Ancel, *Arbitrage et ordre public fiscal : Rev. arb.* 2001, p. 272, spéc. p. 283.

[1125]A. E. Gildemeister, *L'arbitrage des différents fiscaux en droit international des investissements*, LGDJ, t. 131, 2013, p. 43 ; V. aussi : M. Audit, *L'introduction de l'arbitrage en matière de règlement des litiges fiscaux transfrontaliers : Rev. arb.* 2008, p. 589.

[1126]J.-P. Le Gall, *Fiscalité et Arbitrage : Rev. arb.* 1994, p. 3, spéc. 23.

[1127]V. *infra*, n° 452.

[1128]L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[1129]Les conditions de la CJIP ont été précisées par la circulaire du 31 janvier 2018 et la dépêche du 21 mars 2019 de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG).

[1130]L. n° 2018-898, 23 oct. 2018, art. 25.

[1131]F. Perrotin, *Fraude fiscale : une transaction de près d'un milliard d'euros : LPA* 18 déc. 2019, n° 254, p. 6.

[1132]Cass. com., 28 nov. 1950 : *Bull. civ.* 1950, III, n° 355 ; V. égal. *infra*, n° 264.

contentieux « purement » fiscal l'est, ce qui généralement implique l'assiette, le *quantum* ou l'exigibilité de l'impôt car l'administration fiscale doit rester libre de déterminer le montant d'une dette fiscale, ainsi que ses modalités de paiement[1133]. Dans le cas où ces questions seraient soulevées, l'arbitre, s'il estime la « contestation fiscale » sérieuse et effectivement susceptible d'avoir une influence sur le litige qui lui est soumis, peut surseoir à statuer en attendant la décision de la juridiction étatique sur la question fiscale[1134]. Par ailleurs, le contentieux entre personnes privées au sujet duquel se posent des questions fiscales demeure arbitrable, dans la mesure où il s'agit simplement de traitements contractuels de la charge d'un coût fiscal, et non du traitement fiscal d'une charge. On peut citer, à titre d'exemple, les questions récurrentes relatives aux clauses fiscales ou à la charge de l'impôt dans le cadre d'une cession d'entreprise et d'une garantie de passif ou d'actif. La cour d'appel de Paris a pu notamment rappeler que « si les contestations relatives à l'assiette, au *quantum* ou à l'exigibilité de l'impôt, échappent par nature à l'arbitrage, il n'en va pas de même des litiges portant sur la mise en œuvre d'une convention par laquelle les parties répartissent entre elles la charge des taxes engendrées par leurs rapports de droit », ce qui permet de valider la sentence arbitrale qui confirme une retenue d'impôt opérée en application d'une stipulation contractuelle[1135]. Statistiquement, la plupart des sentences rendues en matière fiscale concernent l'allocation entre des parties contractantes des charges fiscales, les arbitres étant souvent confrontés à des questions relatives au remboursement de l'impôt acquitté (à tort) par une partie, de responsabilité contractuelle de la partie qui n'a pas payé l'impôt mis à sa charge, ou d'une retenue de l'impôt sur le prix du contrat[1136]. Un arbitre peut également connaître des conséquences des règles fiscales sur l'issue du litige dont il est saisi, ce qui lui confère la possibilité d'interpréter une règle fiscale, toujours sous le contrôle du juge de l'annulation[1137].

294. – L'arbitrabilité du droit fiscal en arbitrage international et droit comparé. Le contentieux fiscal se retrouve dans bon nombre d'arbitrages internationaux[1138]. Ainsi, les arbitrages d'investissements couvrant des questions fiscales sont fréquemment autorisés[1139]. En outre, la capacité de compromettre de l'administration fiscale est acceptée dans certains pays de façon plus large qu'en France. C'est le cas en droit suisse et en droit allemand, où l'arbitrabilité d'un litige est fondée sur la disponibilité des droits ou le caractère patrimonial des droits, et non sur

---

[1133]A. E. Gildemeister, *L'arbitrage des différents fiscaux en droit international des investissements*, préc., p. 45.

[1134]I. Fadlallah, *Arbitrage international et litiges fiscaux : Rev. arb.* 2001, p. 299, spéc. p. 307-308 ; V. égal. *infra*, n° 131.

[1135]CA Paris, 23 mai 2017 : *Gaz. Pal.* 18 juill. 2017, 137e année, n° 27, p. 35.

[1136]V. sur ces questions : Sent. CCI n° 6420, 8 août 1990. – Sent. CCI n° 6754, 6 août 1993 ; Sent. Tribunal irano-américain de réclamations, *Computer Science Corp.* v. *Iran*, Case n° 65, citées par J.-P. Le Gall, *Fiscalité et arbitrage (suite) : Rev. arb.* 1994, p. 253, spéc. p. 260-263 (*cf.* la première partie de cet article *in Rev. arb.* 1994, 3).

[1137]J.-P. Le Gall, *Fiscalité et arbitrage, op. cit.*, spéc. p. 267-268.

[1138]V. en dernier lieu la fameuse affaire *Schooner* : Cass. 1re civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396 : *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J.J.M. – CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358 : *Dalloz actualité*, 17 avr. 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Cah. arb.* 2019, 751, note C. Crepet Daigremont ; W. W. Park, *Tax and Arbitration : Arb. Int.* 2020, n° 36, p. 157-220.

[1139]S. Perry, *India challenges Cairn's billion-dollar tax award*, GAR, 24 mars 2021 : dans la sentence *Cairn c/ Inde*, le tribunal arbitral a décidé que l'imposition par l'Inde d'une taxe rétroactive sur les plus-values de 1,4 milliard de US dollars à Cairn consituait une violation du TBI Royaume-Uni – Inde.

l'ordre public[1140]. Aux États-Unis, l'arbitrabilité des litiges contre l'administration fiscale est également acceptée[1141].

2° Le droit de l'environnement

295. – Contexte verdoyant. Certains se rappelleront de l'affaire *Rainbow Warrior* et la destruction du navire du même nom en 1985 et s'est soldée par un arbitrage entre la France et la Nouvelle-Zélande, sans doute une des premières illustrations médiatisées du lien entre arbitrage et environnement, quand bien même il s'agissait d'un arbitrage interétatique et non commercial : le navire appartenant à la fondation écologiste avait en effet coulé à la suite d'une opération des agents de renseignement français dans le port néo-zélandais d'Auckland, pour l'empêcher d'aller perturber les essais nucléaires français dans l'atoll de Mururoa[1142]. Le lien entre les deux domaines était si ténu qu'il a pu faire dire à un auteur que « [r]arement peut-être deux mots auront été aussi peu souvent accolés »[1143]. Il est vrai que, si les grands projets internationaux, notamment d'infrastructures, fournissent la source de nombreux arbitrages, leur empreinte écologique n'est pas neutre économiquement dans l'issue du litige : contamination de l'eau à la suite d'une exploitation minière, contamination du sol causée par la construction d'une usine de dessalement ou encore accélération de la déforestation causée par les plantations de l'huile de palme[1144]. Il convient par ailleurs de mentionner une tendance nouvelle en la matière : celle des arbitres verts ou écologiques[1145]. Pour ces derniers, tandis que la communauté de l'arbitrage traite de manière extensive les questions relatives à l'arbitrage et au changement climatique, les praticiens de l'arbitrage devraient se soucier de l'environnement de la même façon, par exemple en réduisant le nombre de déplacements pour diminuer « l'empreinte carbone de l'arbitrage »[1146]. L'arbitrage deviendrait donc plus « vert », non pas seulement dans la manière de le pratiquer, mais aussi dans la capacité des tribunaux arbitraux de se saisir à bras-le-corps de ce type de litige[1147].

296. – Notions, pénétrations et tensions. La notion d'environnement renvoie à « l'ensemble des conditions naturelles (physiques, chimique, biologique) et culturelles (sociologiques) dans lesquelles les organismes vivants se développent »[1148]. Le droit de

---

[1140]V. *supra*, n° 268.

[1141]V. *Rules of Practice and Procedure*, art. 124 applicable dans les *US Tax Courts* ; V. aussi : *Preston* v. *Ferrer*, 552 U.S. 346 (2008) : *The Federal Arbitration Act preempts state laws declaring that certain disputes must be resolved by a state administrative agency.*

[1142]J. Charpentier, *L'affaire du Rainbow Warrior : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle-Zélande* c/ *France)* : *AFDI* 1990, p. 395-407, spéc. p. 395.

[1143]Th. Clay, *Arbitrage et environnement : Gaz. Pal.* 28 et 29 mai 2003, cah. arb., p. 10, n° 1.

[1144]C. Asfar-Cazenave et L. Ravillon, *L'appréhension de la dette écologique en droit du commerce international : approches contractuelle et contentieuse : Rev. électronique en Sciences de l'environnement* sept. 2016, n° 7.

[1145]V. *supra/infra*, n° 704.

[1146]Un arbitrage de taille moyenne nécessiterait 20 000 arbres, soit quatre fois le nombre d'arbres du Hyde Park de Londres ; L. Greenwood, *Make Arbitrations Greener : The Resolver* févr. 2020, p. 14. Lucy Greenwood est l'initiatrice du *Campaign for Greener Arbitrations – The Green Pledge* (www.greenerarbitrations.com/greenpledge) ; V. aussi L. Greenwood, *The Green Pledge : no talk, more action : Kluwer Arbitration Blog* 20 mars 2020.

[1147]Rapport CCI, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR : Bull. CCI* 2019, n° 2.2 ; sur la potentielle protection de l'environnement par l'arbitrage, V. : http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/12/is-arbitration-helping-or-hindering-the-protection-of-the-environment-and-public-health-salient-questions-from-the-6th-edition-of-the-casablanca-arbitration-day.

[1148]P. Planchet, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1re éd., 2015, p. 1.

l'environnement « est un "droit de compromis", un "droit de l'arbitrage permanent", un droit "empirique". Sa transversalité met à l'épreuve l'ensemble des branches du droit privé et du droit public et les notions fondamentales qui les structurent »[1149]. On retrouve de plus en plus ces questions dans le cadre d'arbitrages d'investissement, où la question du respect par l'investissement protégé des normes environnementales[1150], par exemple dans le domaine énergétique ou en matière d'eau[1151], se trouve posée avec acuité. Mais on la retrouve aussi dans le domaine de l'arbitrage commercial international puisque « même les relations contractuelles les plus banales » ont une dimension environnementale[1152].

Cette situation n'est toutefois pas sans créer des tensions, car l'institution arbitrale a parfois du mal à beigner dans un « écosystème écologique ». Certaines institutions se sont déjà adaptées : la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a adopté une procédure pour trancher les litiges relatifs aux ressources naturelles et à l'environnement, avec un règlement spécifique[1153]. Par ailleurs, la CCI a créé un groupe de travail planchant sur les questions d'« arbitrage des litiges liés au changement climatique » et a fait part de sa volonté d'administrer de tels litiges, s'estimant bien placée pour le faire[1154]. Les questions environnementales sont en adéquation avec l'arbitrage qui se présente comme une procédure « privilégiée de la défense de l'environnement »[1155]. Il reste que les litiges environnementaux sont souvent très techniques et complexes, impliquant une réglementation en matière de prévention et de lutte contre la pollution, parfois imbriquée avec une réglementation sanitaire, une pluralité d'intervenants en chaîne et notamment l'intervention des autorités publiques non parties au contrat, des notions nouvelles autour du « préjudice collectif » ou du « préjudice écologique »[1156]. Malgré l'implication croissante de ces questions dans les litiges arbitraux de toute sorte, l'arbitrabilité de cette matière environnementale suscite donc certaines interrogations en raison de son caractère public et de l'intervention fréquente d'acteurs gouvernementaux, ces derniers étant à l'origine des normes environnementales s'imposant aux acteurs, publics et privés. L'arbitrabilité des litiges environnementaux est limitée par l'ordre public (*a*). Cependant une variété de questions environnementales reste arbitrable (*b*).

a) L'ordre public environnemental et les limites à l'arbitrabilité

297. – On a pu soutenir que la question de l'arbitrabilité d'un litige lié à l'environnement n'est pas plus discutée que l'arbitrabilité des autres domaines mettant

---

[1149]M. Mekki, *Responsabilité civile et droit de l'environnement – Vers un droit spécial de la responsabilité environnementale ? : Resp. civ. et assur.* mai 2017, n° 5.

[1150]Un ensemble de cent quatorze affaires ont été identifiées jusqu'en 2015 comprenant une composante environnementale : V. P. Thieffry, *L'arbitrage et le droit européen de l'environnement : Rev. arb.* 2019, p. 1069, spéc. p. 1080 ; il a été également rapporté en 2020 que, pour la période 1970 à 2011, environ trente affaires d'arbitrage d'investissement portant sur des problématiques d'environnement ont été initiées, tandis qu'on comptabilisait jusqu'à 20 % des arbitrages d'investissement avec une composante environnementale.

[1151]P. Mayer, *Les arbitrages CIRDI en matière d'eau*, in *L'eau en droit international*, Pedone, 2011, p. 163 ; pour une affaire récente : Sent. finale CPA, 7 oct. 2020, n° 2017-08, *Spółdzielnia Pracy Muszynianka* v. *Slovak Republic*.

[1152]O. Boskovic, *L'arbitrage international en matière environnementale : Énergie-Env.-Infrastr.* avr. 2019, p. 2.

[1153]Règl. facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement, 19 juin 2001.

[1154]CCI, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR : Bull. CCI* 2019.

[1155]Th. Clay, *Arbitrage et environnement : Gaz. Pal.* 29 mai 2003, préc., n° 30.

[1156]V. not. : Z. Jacquemin, *Le juge et les dommages réparables : identification et réparation : RDC* 2017, p. 127. – A. Cayol, *Confirmation de l'indemnisation du préjudice écologique pur : LPA* 20 juill. 2016, p. 11, spéc. p. 12.

l'intérêt général ou l'ordre public en cause[1157]. Cette affirmation est largement fondée, malgré quelques spécificités qu'il convient ici de relever.

298. – Ordre public interne et international. La majorité des normes environnementales imposées par l'État est considérée comme relevant de l'ordre public[1158]. Le droit de l'environnement fait partie intégrante de l'ordre public, et relève par bien des aspects, depuis 2005, de l'ordre constitutionnel[1159]. S'il appartient à la plus publique des sphères[1160], il s'agit cependant d'une matière arbitrable puisque « l'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux »[1161]. L'arbitre doit donc respecter et appliquer ces normes environnementales de manière à ne pas rendre une sentence incompatible avec des dispositions d'ordre public[1162]. La convention d'arbitrage ne peut avoir pour effet de contrevenir à une réglementation d'ordre public, ce qui pose donc des limites « naturelles » à l'arbitrabilité. Un exemple est fourni par le contentieux de la légalité des actes, qui occupe une place importante en matière environnementale puisqu'il vise toutes les décisions des autorités chargées de la police environnementale (installations classées, de déchets, d'eau, d'OGM)[1163]. En effet, l'arbitre ne peut pas se prononcer dans un sens contraire à une décision administrative ; à défaut la sentence n'est pas opposable à l'administration[1164]. Une solution à cette limite à l'arbitrabilité est d'aménager conventionnellement les effets de la décision de l'administration, lesquels pourront faire l'objet d'un litige arbitrable.

De nombreuses normes environnementales françaises tirent, en outre, leurs sources du droit européen ou international[1165], de sorte que sera en jeu une violation de l'ordre public international, qui n'est pas nécessairement plus aisée à établir. Par ailleurs, depuis l'arrêt *Galakis* de 1966, les personnes morales (françaises) de droit public, acteurs-clés dans le domaine écologique, peuvent compromettre sur le plan international[1166]. On peut donc dire qu'en droit français, la matière environnementale, « irriguée par des normes d'ordre public » et sous ces réserves, reste donc arbitrable[1167].

b) L'arbitrage confronté aux questions environnementales

299. – Variété des litiges. Les litiges environnementaux sont variés et englobent aussi bien les litiges liés au droit de l'environnement que les litiges qui ont des enjeux environnementaux. De nombreuses procédures d'arbitrage engagées depuis les

---

[1157]P. Thieffry, *L'arbitrage et le droit européen de l'environnement*, préc., p. 1069, spéc. p. 1098.

[1158]C. Asfar-Cazenave et L. Ravillon, *L'appréhension de la dette écologique en droit du commerce international : approches contractuelle et contentieuse : Rev. électronique en Sciences de l'Environnement* sept. 2016, n° 68.

[1159]Ch. Huglo, *Droit de l'environnement, Contentieux ou arbitrage : Incompatibilité, complément ou supplément ? : La lettre de l'AFA* déc. 2015, n° 18, p. 7.

[1160]Th. Clay, *Arbitrage et environnement : Gaz. Pal.* 29 mai 2003, cah. arb., p. 10.

[1161]Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal : Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957, note L. Idot.

[1162]CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss : Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. Idot. – CA Paris, 16 mars 1996 : *Rev. arb.* 1996, p. 146, note Y. Derains.

[1163]V. Thieffry, *La convention d'arbitrage, convention d'aménagement du contentieux environnemental interne et international : BDEI* 2007, suppl., n° 10, p. 25-30, spéc. p. 28.

[1164]Ch. Huglo, *Droit de l'environnement, Contentieux ou arbitrage : Incompatibilité, complément ou supplément ? : La lettre de l'AFA* déc. 2015, n° 18, p. 6.

[1165]Accord de Paris – Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques, 2015.

[1166]Ch. Huglo, *Droit de l'environnement, Contentieux ou arbitrage : Incompatibilité, complément ou supplément ?*, art. cit.

[1167]C. Asfar-Cazenave et L. Ravillon, *L'appréhension de la dette écologique en droit du commerce international : approches contractuelle et contentieuse :* préc., n° 68.

années 1990 ont porté sur des litiges maritimes et environnementaux[1168]. En effet, on peut citer les litiges concernant les clauses de garantie de passif environnemental dans les cessions et acquisitions de sociétés[1169], les contrats dans le secteur de la construction (ingénierie civile et mécanique) ou production[1170], de la pétrochimie ou encore de l'exploitation des ressources naturelles, les contrats de vente maritime ou de transport de minerais et de produits pétrochimiques, qui font régulièrement l'objet d'arbitrages[1171]. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) est régulièrement saisie de litiges commerciaux dans lesquels les questions de protection de l'environnement ont une importance notable[1172]. Une étude récente de la CCI portant sur les différends climatiques montre que le droit de l'environnement innerve de plus en plus les procédures arbitrales institutionnelles[1173]. Cela pourrait s'expliquer par l'existence d'une législation fleurissante, avec plus de 2 000 lois et règlements régissant la matière (dont environ six cents ont été mis en application lors des cinq dernières années). La modification des législations des pays européens par la mise en œuvre du plan d'action *European Green Deal*[1174] de la Commission européenne, ayant pour objectif de faire de l'Europe le premier continent « neutre » sur le plan climatique, pourrait avoir un effet multiplicateur des litiges environnementaux. Le rapport CCI évoque plusieurs catégories possibles de litiges climatiques et notamment les différends liés aux contrats ou investissements ayant pour objet la limitation des émissions ou l'adaptation aux changements climatiques (transition énergétique) et les différends liés aux activités commerciales et industrielles impactées par les phénomènes climatiques[1175]. Il semble que, au-delà de l'arbitrabilité, le véritable défi pour l'arbitrage, procédure privée en principe limitée à quelques litigants, est, comme en matière d'action de groupes[1176], d'offrir le cadre approprié pour régler un litige impliquant un nombre conséquent de parties, victimes d'un préjudice collectif. L'évaluation des compensations financières dans les litiges relatifs au changement climatique sont de nature similaire à ceux de toute autre affaire commerciale ou d'investissement, avec un degré de complexité en plus, où l'évaluation

---

[1168]M. Indlekofer, *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, Wolters Kluwer, 2013, spéc. p. 195 ; E. Jolivet, L. Marquis, *Arbitrage commercial international et litiges environnementaux : illustrations dans des affaires récentes, Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)* : Cah. arb. 2011, p. 91.

[1169]On a pu estimer que la moitié de ces sentences concernent des garanties de passif. V. Sent. finale CCI n° 9423 (2000), *in* E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage : Gaz. Pal.* 2004, cah. arb., p. 54, spéc. p. 56 (arbitrage entre une partie suédoise et une partie française, où le droit applicable était le droit français et le litige portant sur l'application d'une clause de garantie en raison de la pollution des sols et des nappes phréatiques).

[1170]Sent. finale CCI n° 9377 (1999), cité *in* E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage*, préc., spéc. p. 55 (arbitrage entre une partie chinoise et une partie française portant sur l'inexécution contractuelle – obtention des autorisations d'eaux usées – d'un contrat de *joint-venture* de production de produits textiles).

[1171]O. Boskovic, *L'arbitrage international en matière environnementale : Énergie-Env.-Infrastr.* avr. 2019, p. 2.

[1172]E. Jolivet, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage*, préc., spéc. p. 54.

[1173]Rapport CCI, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, préc., p. 16, n° 4.2.

[1174]Communiqué de la Commission européenne, « The European Green Deal », 11 déc. 2019, disponible sur https://eur-lex.europa.eu (consulté le 4 déc. 2020) ; V. aussi PE et Cons. UE, Prop. de règlement « établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant le règlement (UE) 2018/1999 (loi européenne sur le climat) », 4 mars 2020.

[1175]Rapport CCI, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, préc., § 2.4-2.7.

[1176]B. Hanotiau et E. Schwartz (éd.), *Class and Group Actions in Arbitration*, Kluwer Law International, 2016, spéc. p. 10.

des dommages nécessite l'établissement d'un scénario contrefactuel dans lequel la violation ou la situation fautive n'aurait pas eu lieu, de sorte que les dommages seraient la différence entre le scénario contrefactuel et le scénario factuel[1177].

300. – Experts et *amicus curiae*. L'arbitrage offre en réalité un cadre qui permet un recours optimal aux experts, dont le rôle, surtout dans ce type de litiges, n'est pas négligeable[1178]. Par ailleurs, le caractère privé et confidentiel des procédures arbitrales n'est pas incompatible avec l'intervention, *via* la possibilité de soumettre des mémoires dits d'*amicus curiae* (amis de la cour)[1179], de tiers, tels que les organisations non gouvernementales dont le rôle est la sauvegarde de l'environnement. Le possible recours à un *amicus curiae* joue en faveur de populations affectées par les dommages environnementaux. Par exemple, dans l'affaire *Methanex*, un exportateur canadien de méthanol a fait valoir qu'une interdiction californienne des additifs pour essence à base de méthanol, imposée pour protéger l'environnement et la santé humaine, violait les protections des investisseurs qui lui sont accordées dans le cadre de l'ALENA (un traité d'investissement continental). Le tribunal arbitral a accepté, pour entendre d'autres voix et intérêts, des mémoires d'*amicus curiae* de la part de plusieurs organisations non gouvernementales tierces à l'arbitrage mais impliquées dans la protection de l'environnement[1180].

Encart 14

Arbitrage et droits de l'Homme

301. – Les garanties procédurales « humaines » dans la procédure arbitrale : le contentieux arbitral, objet des droits de l'Homme. Les deux questions écologiques et sociales se rencontrent parfois à l'occasion d'événements tragiques, comme à la suite de l'effondrement du Rana Plaza dans l'industrie textile, qui a fait plus de 1 200 morts en 2013, où un accord général sur les incendies et la sécurité des bâtiments au Bangladesh, qui prévoit le recours à l'arbitrage, a été signé par plusieurs multinationales et syndicats[1181].

Le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) consacre, sous plusieurs angles, le droit à un procès

---

[1177] F. Fortin et P. Hebreard, *Évaluation des dommages dans les litiges relatifs aux changement climatique*, nov. 2020, p. 4-5 (http://ftiinsights.com/wp-content/uploads/2020/11/001240-Article-Evaluation-des-dommages-EFC.pdf).

[1178] Pour une illustration jurisprudentielle : CA Versailles, 8 oct. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 58, note A. Hory ; à noter aussi que la Cour permanente d'arbitrage maintient une liste d'experts spécialisés en droit de l'environnement (https://pca-cpa.org/fr/about/panels/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/). Dans cette affaire arbitrale concernant une usine de peinture d'Arpajon dans le Val-de-Marne, opposant les sociétés Akzo Nobel AB et Elf Atochem, un expert judiciaire indépendant fut désigné avec pour tâche d'investiguer la source de la pollution sur site.

[1179] Y. Laurin, *Les notions d'amicus curiae et de partie dans la procédure : Gaz. Pal.* 9 oct. 2012, p. 13 ; V. aussi A. Mourre, *L'intervention des tiers à l'arbitrage : Gaz. Pal.* 3 mai 2001, p. 21.

[1180] Décision sur les demandes d'*amicus curiae*, aff. *CNUDCI*, *Methanex Corporation* v. *United States of America*, 25 janv. 2001, n° 47 ; V. aussi : Mémoire d'Amicus curiae présenté par l'Association des droits de l'homme et de l'environnement – PUINO et M. Carlos Lopez, Ph. D. (parties non contestantes), Aff. CIRDI n° ARB/14/21, *Bear Creek Mining Corporation* c/ *République du Pérou*, 9 mai 2016.

[1181] *The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*, 15 mai 2013.

équitable : ce droit inclut-il le procès arbitral[1182] ? La réponse a souvent été donnée en matière d'arbitrage sportif[1183]. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a notamment estimé que les athlètes avaient le droit à des audiences publiques devant le Tribunal arbitral du sport (TAS)[1184]. Plus récemment, elle est allée plus loin encore, estimant que les garanties fondamentales d'un procès équitable, y compris le droit à un tribunal indépendant et impartial, s'appliquaient à l'arbitrage sportif obligatoire[1185]. Sur le plan national, on sait que, après avoir été assez stricte en excluant le « tribunal arbitral » du champ de la Convention européenne des droits de l'homme[1186], suivant d'ailleurs en cela la jurisprudence européenne *Deweer*[1187] qui considérait que le recours à l'arbitrage valait renonciation au droit à un tribunal, la jurisprudence de la Cour de cassation est désormais plus nuancée dans ce domaine. Suivant une certaine inflexion de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même s'agissant de l'assimilation d'un tribunal à un organe juridictionnel[1188], elle a considéré que le droit d'accès au juge arbitral relève de l'ordre public international et de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[1189], raisonnement processualiste et européen que l'on retrouve aussi dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris[1190].

Au-delà de ces garanties procédurales, la question des droits de « l'homme » (et de la femme) s'est encore récemment posée devant ces juridictions, y compris arbitrales, au sujet des conditions physiques inhérentes et imposées à une athlète quant à son droit (métabolique) à participer à une compétition sportive[1191].

302. – Garantir les droits au fond : les droits de l'Homme, objet de l'arbitrage. Car les droits humains ne sont pas qu'une question processuelle et d'accès au juge : ils tendent à s'imposer de plus en plus comme une question de fond et de substance. Certes, il y a une prise de conscience dans le fait de mieux responsabiliser les entreprises au regard d'un environnement social auquel leurs échanges commerciaux et d'investissements peuvent nuire : atteintes à la santé et à la sécurité des salariés, recours au travail forcé ou au travail des enfants,

---

[1182] M.-L. Niboyet, *Incertitude sur l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme en droit français de l'arbitrage international : l'arrêt Cubic de la Cour de cassation : Cah. arb.* 2002, p. 35. – Ch. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme : Rev. arb.* 1989, p. 573. – A. Mourre, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme : Cah. arb.* 2002, p. 22. – F.-X. Train, *Déni de justice et arbitrage international : Cah. arb.* 2006, p. 66.

[1183] V. *infra*, n° 405 et s.

[1184] CEDH, 2 oct. 2018, n^os^ 40575/10 et 67474/10, *Mutu et Pechstein* c/ *Suisse*, § 182-183.

[1185] CEDH, 28 janv. 2020, n° 30226/10, *Ali Riza* c/ *Turquie*, § 222.

[1186] Cass. 1re civ., 20 févr. 2001, n° 99-12.574, *Cubic Defense Systems* c/ *CCI : Bull. civ.* 2001, I, n° 39 ; *D.* 2001, p. 903, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 124, note C. Seraglini ; *Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay.

[1187] CEDH, 27 févr. 1980, n° 6903/75, *Deweer* c/ *Belgique*.

[1188] CEDH, 3 avr. 2008 *Case of Regent Company* c/ *Ukraine : Rev. arb.* 2009, p. 797, note J.-B. Racine.

[1189] Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 01-13.742, *Nioc* c/ *Israël : Bull. civ.* 2005, I, n° 53. À ce titre, le défaut de révélation d'un arbitre a pu être jugé comme contraire au procès équitable, v. CEDH, 20 mai 2021, BEG S.P.A c. Italie, n° 5312/11.

[1190] CA Paris, 17 nov. 2011, *Licensing Projects* c/ *Pirelli : D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2012, p. 392, et p. 267, comm. F.-X. Train ; *RTD com.* 2012, 530, obs. E. Loquin ; *JDI* 2012, 41, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *Cah. arb.* 2012, 159, note D. Cohen ; *LPA* 2012, n° 142, p. 11, obs. M. de Fontmichel.

[1191] *Athletics : Semenya to take fight to European Court of Human Rights*, Reuters, 17 nov. 2020.

déplacement contraint de populations, discrimination fondée sur la race, le sexe ou l'orientation sexuelle[1192]. Il est vrai d'ailleurs que c'est dans le cadre d'arbitrages d'investissements que ces problématiques émergent désormais avec force[1193], avec les questions environnementales, auxquelles elles sont souvent associées[1194], et y compris en permettant à des communautés indigènes de soumettre des mémoires d'*amicus curiae*, comme tiers à l'arbitrage[1195].

303. – Toutefois, la question de savoir si le droit international des droits de l'Homme peut constituer plus qu'un simple outil d'interprétation et s'appliquer directement au fond du litige, reste posée. Certes, le droit international des droits de l'Homme devrait également être applicable, en ce compris des principes touchant à des droits fondamentaux, sous réserve de la formulation spécifique du traité d'investissement en question[1196]. C'est d'ailleurs la direction prise, pour éviter de limiter la compétence des tribunaux dans ce domaine et pour insuffler une dynamique plus « humaine » aux investissements à protéger, par une nouvelle génération de traités qui tiennent, de manière plus ou moins explicite et contraignante[1197], de la protection des droits humains, comme par exemple le Traité modèle de 2019 élaboré par les Pays-Bas pour la négociation de nouveaux traités[1198]. C'est d'ailleurs dans ce pays qu'ont été introduites, le 12 décembre 2019, les Règles de La Haye sur l'arbitrage en matière de commerce et des droits de l'Homme[1199]. L'un des principaux objectifs était de

---

[1192] *Addressing human rights in business : executive perspectives*, KPMG International, déc. 2016 ; V. aussi le rapport des Nations Unies (NU) concernant les violations sociétaires des droits de l'homme de 2006 (https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf), lequel a abouti aux trente et un « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » de 2011, établi par le Représentant spécial des Nations unies (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf), ainsi que les codes de bonne conduite, par exemple celui établi par l'OCDE en 2011.

[1193] Sent. finale CNUDCI, 15 déc. 2016, *Hesham T. M. Al Warraq* v. *Republic of Indonesia*, § 621.

[1194] V. par ex. au sujet du droit à l'accès à l'eau, présenté comme un droit humain : *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa* v. *The Argentine Republic*, CIRDI Case n° ARB/07/26, Sent. 8 déc. 2016, not. § 1217 et s.

[1195] V. par ex. : *Bernhard von Pezold and Others* v. *Republic of Zimbabwe*, Arb. CIRDI n° ARB/10/15, Ordonnance de procédure n° 2, 26 juin 2012, not. § 39 et 57.

[1196] E. de Brabandere, *Human Rights Considerations in International Investment Arbitration*, 8 mars 2013, *in* M. Fitzmaurice et P. Merkouris, *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights : Legal and Practical Implications*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 (https://ssrn.com/abstract=2230305). – F. G. Santacroce, *The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes*, *in* M. Kinnear et Campbell McLachlan (éds), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2019, vol. 34, n° 1, p. 141-142. – M. Pinto et J. M. Ryb, *Chapter 28 : Human Rights and Foreign Investment Arbitration*, *in* Fabricio Fortese (éd.), *Arbitration in Argentina*, Kluwer Law International, 2020, p. 622 ; V. aussi : C. Baltag, *Human Rights and Environemental Disputes in International Arbitration*, 24 juill. 2018, blog Kluwer.

[1197] Leur contenu reste encore timide en la matière, même si des références plus ou moins explicites aux droits de l'homme se retrouvent dans de nouveaux instruments ; v. par exemple, l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viet Nam qui fait référence aux engagements des États contractants dans son Préambule, ou le Traité bilatéral entre le Brésil et les Émirats arabes unis qui se réfère aux Lignes directrices de l'OCDE de 2011, ou encore le TIB entre le Brésil et le Maroc qui réserve le cas de mesures exceptionnelles nécessaires à la protection des droits humains.

[1198] N. J. Diamond, *2019 in Review : International Investment Agreements and Human Rights*, 8 févr. 2019, blog Kluwer (http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/08/2019-in-review-international-investment-agreements-and-human-rights).

[1199] *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, créées par le groupe de travail sur le commerce et les droits de l'homme, constitué d'avocats praticiens et d'universitaires internationaux, avec le soutien du Centre

créer un mécanisme privé viable pour servir d'alternative ou de complément aux systèmes judiciaires étatiques, en particulier dans les États ayant des tribunaux nationaux incompétents ou corrompus, ou lorsque des demandeurs sont confrontés à des obstacles juridiques, structurels ou financiers lors de l'introduction de demandes. Elles comprennent également des dispositions tenant compte de la nature spécifique du litige : on retrouve donc notamment des exigences spéciales concernant la nomination des arbitres et la constitution du tribunal arbitral, des garanties visant à assurer que chaque partie ait une possibilité effective de présenter sa cause, des clauses prévoyant une flexibilité accrue pour les demandes multipartites, en permettant par exemple à de nombreuses parties touchées par un préjudice similaire de regrouper leurs demandes, et des clauses énonçant une plus grande transparence de la procédure, sauf si aucun intérêt public n'est en jeu.

Plus ambiguë est la situation dans la laquelle la CEDH pourrait être conduite à apprécier des solutions jurisprudentielles concrètes comme cela ressort de son arrêt du 21 mai 2021 *BEG c/ Italie*. Dans cette affaire[1200], un arbitrage international ayant son siège en Italie avait donné lieu à un recours en annulation en raison de l'allégation de défaut d'impartialité et d'indépendance d'un arbitre qui avait « omis » de signaler ses liens (significatifs mais peut-être notoires), avec la société mère d'une partie. Or, soit dans le cas où la convention d'arbitrage prévoit une renonciation au recours en annulation, soit dans celui, comme en droit français, de l'article 166 du Code de procédure civile, dans lequel le fait de n'avoir pas soulevé à temps l'argument purge la difficulté, aucun recours en annulation n'est en fait recevable. Or, la CEDH décidait qu'elle ne se rangeait pas à l'avis du Gouvernement italien selon lequel la partie qui n'avait pas discuté le défaut de la déclaration d'indépendance de l'arbitre démontrait une renonciation (« *waiver* ») – nous dirions en droit français dans ce cas une fin de non-recevoir – de son droit à voir le litige tranché par un tribunal indépendant et impartial. Outre le fait qu'il s'agit là d'une méconnaissance de l'arbitrage international, peut-être feinte d'ailleurs, une telle solution peut avoir un effet considérable sur l'état de la jurisprudence, passablement complexe, sur la question redoutable de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

§ 2. – Les (in)arbitrabilités protégeant les parties faibles

A. – Le droit de la consommation

304. – Introduction. Le frottement entre droit de l'arbitrage et droit de la consommation est celui entre deux plaques à la structure bien différente : coûts, succès, démocratisation et nécessaire – voire absolue – égalité pour le premier et, de l'autre, économies, méfiance, protection et inégalité marquées par le second. Cette tension a récemment resurgi avec l'introduction du nouvel article 2061 du Code civil relatif à la

pour la coopération juridique internationale.

[1200]CEDH, 21 mai 2021, BEG *c/ Italie : Dalloz actualités*, 18 juin 2021, obs. J. Jourdan-Marquès.

clause compromissoire, tel qu'issu de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016[1201].

305. – Définition de la « partie faible ». De manière générale, la partie faible peut être définie comme celle qui « ne dispose pas des armes économiques suffisantes pour négocier et de toutes les données pour comprendre et maîtriser les conséquences de son engagement »[1202]. Plus spécifiquement, le faible en arbitrage peut être désigné comme étant « [t]oute personne qui, liée par une convention d'arbitrage, ne peut accéder équitablement au règlement du litige »[1203]. Cette iniquité, qui peut se retrouver tout autant sur les plans économique, juridique et technique, se manifeste ainsi par un manque de ressources financières, d'expériences et/ou de connaissances. La faiblesse d'une partie peut entraîner un déséquilibre à deux stades. Au moment de la conclusion du contrat, contenant la clause d'arbitrage, la partie faible n'a pas de pouvoir de négociation ou ne mesure pas la portée de son choix (et des conséquences financières) de consentir au règlement d'un éventuel litige par voie d'arbitrage. De même, au déclenchement du litige, la partie faible risque de se retrouver face à un manque de moyens (éloignement par rapport au siège, langue et système juridique inconnus) ou de ressources financières (notamment pour régler les frais d'arbitrage), ce qui peut la *dissuader* de recourir à la justice arbitrale, posant la question d'un éventuel déni de justice. Ainsi définie, la notion de partie faible ne concerne pas uniquement le consommateur, sorte d'étalon de la partie faible, mais aussi le salarié[1204], l'assuré[1205], l'investisseur financier[1206], le patient[1207], le sportif[1208] et parfois dans certaines législations, l'agent commercial[1209]. Toutes ces parties bénéficient d'une manière ou d'une autre d'une certaine protection en matière d'arbitrage. Ainsi, le patient et l'assuré, dans la mesure où ils contractent en dehors de leurs activités professionnelles, pourraient se prévaloir, au titre de l'article 2061 du Code civil[1210], de l'inopposabilité de la clause compromissoire s'ils ne souhaitent pas recourir à l'arbitrage. Le salarié bénéficie de cette même exception d'inopposabilité – encore faut-il que le litige présente un caractère salarial[1211] – dans le cas où il préfère recourir au juge judiciaire[1212]. En revanche, le sportif ne bénéficie pas d'une telle protection de son

---

[1201]Nouvel article 2061 tel qu'issu de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016. La clause compromissoire n'est pas, du moins en droit interne, uniquement régie par l'article 2061 du Code civil, mais par une multitude de textes épars : certains textes sont de droit commun (C. civ., art. 2059 et 2060 ; CPC, art. 1442 à 1449 et 1507 à 1508) alors que d'autres sont des textes de droit spécial qui traitent du sort de la clause compromissoire dans des domaines spécifiques (droit de la consommation : C. consom., art. R. 212-2 ; droit des mineurs : C. civ., art. 506 ; droit commercial : C. com., art. D. 711-75, R. 711-75-1 et D. 711-15-2 ; droit de la sécurité sociale : CSS, art. L. 932-37 ; droit de la mer : D. n° 68-65, 19 janv. 1968, art. 2, relatif aux événements de mer ; droit administratif : CJA, art. L. 311-6 et CRPA, art. L. 432-1). Cette multiplication de sources n'est pas sans créer un risque de chevauchement entre les différents textes.

[1202]M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013, n° 11.

[1203]M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 15.

[1204]G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2017, n° 3.

[1205]Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 2017, n° 124.

[1206]J.-G. d'Hérouville, *La notion d'investisseur averti : Banque et droit* 1998, n° 57, p. 20.

[1207]A. Laude, *Le consommateur de soins : D.* 2000, p. 415.

[1208]A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, n° 1099.

[1209]Tel est le cas notamment en droits libanais, émirati, jordanien et yéménite :JN. Hage-Chahine, *L'agence commerciale dans le droit international privé des pays arabes : Proche-Orient, Études Juridiques* 2014/2016, n° 73, p. 1 et s., nos 115 à 130. La protection de l'agent commercial provient de l'idée selon laquelle l'agent commercial, bien qu'étant un professionnel, est dépendant économiquement de son mandant.

[1210]V. *infra*, n° 310.

[1211]CA Paris, 10 janv. 2017 : *Rev. arb.* 2017, p. 331.

[1212]Cass. soc., 30 nov. 2011 : *RTD com.* 2012, p. 351. – Cass. soc., 28 juin 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 799. – Cass. soc.,

consentement dans la mesure où son adhésion aux règlements et statuts des groupements sportifs qui prévoient une clause d'arbitrage suffirait pour établir son consentement à l'arbitrage[1213]. Néanmoins, ce dernier bénéficie d'un régime protecteur concernant le coût de la procédure d'arbitrage – lorsque la procédure est entamée sous l'égide du Tribunal arbitral du sport (TAS) – dès lors qu'il a le droit de recourir à un système d'assistance judiciaire[1214].

306. – Définition du consommateur. Selon le Code de la consommation, est consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »[1215]. Bien que le critère principal pour la définition du consommateur soit la finalité de l'opération qu'il conclut[1216], il reste que ses connaissances et compétences techniques devraient jouer dans l'appréciation de l'équilibre des forces et donc dans la définition du consommateur. Par ailleurs, après une tendance extensive et pro-consumériste, la jurisprudence semble revenir à une lecture plus classique de la notion de consommateur suite à l'introduction d'une définition par loi[1217]. Une chose est certaine : la qualification de consommateur « ne crève pas les yeux »[1218].

307. – Méfiance à l'égard de la clause compromissoire. L'inopposabilité de la clause compromissoire à l'égard du consommateur sonne aujourd'hui comme le reliquat d'une méfiance historique à l'égard de la clause d'arbitrage, encore plus manifestée à l'article R. 212-2 du Code de la consommation qui présume le caractère abusif de la clause compromissoire. Sous cet angle, la clause compromissoire est perçue comme privant la partie faible, et donc le consommateur, de l'accès au service public de la justice et donc au juge étatique, qui serait « son » juge naturel[1219] et aux autres protections qui en découlent, à savoir le double degré de juridiction, l'aide judiciaire, la gratuité – ou du moins des frais judiciaires raisonnables – et la proximité du for de son domicile[1220]. En outre, ce déséquilibre serait accompagné d'un doute sur la réalité du consentement donné par le consommateur souscrivant des contrats d'adhésion et les acceptant d'un « clic » sans forcément les lire intégralement (voire du tout) et où la clause compromissoire figurant dans les conditions générales contenues dans un autre document (en pièce jointe) passerait inaperçue[1221]. Afin de remédier à une telle situation, il serait souhaitable d'imposer au professionnel d'aménager l'interface de manière à simplifier l'accès aux conditions générales et d'attirer l'attention du consommateur sur la clause compromissoire et autres clauses clés du contrat[1222]. Il est

---

16 févr. 1999, n° 96-40.643 : *Rev. arb.* 1999, p. 289 ; V. *infra*, n° 330.

[1213]G. Simon, *L'arbitrage des conflits sportifs : Rev. arb.* 1995, p. 185-218, spéc. p. 196 ; V. *infra*, n° 408.

[1214]V. Les Directives sur l'assistance judiciaire au TAS en vigueur le 1er nov. 2020, qui prévoit un financement par un autre organe (CIAS) aux athlètes aux ressources financières insuffisantes ; v. aussi *infra*, n° 1350.

[1215]C. consom., art. liminaire tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

[1216]Cass. 1re civ., 22 sept. 2016, n° 15-18.858 : *D.* 2016, p. 1924 ; *AJC* 2016, p. 493. En l'espèce, la Cour de cassation considère que deux associés d'une SCI ayant souscrit un prêt immobilier ont la qualité de consommateurs.

[1217]J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 2021, n° 11.

[1218]Ph. Delebecque, *Arbitrage et droit de la consommation : Dr. et patrimoine* 1er mai 2002, n° 104.

[1219]J. Calais-Auloy et H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 600 ; v. *supra*, n° 230 et s.

[1220]S. Guinchard (ss dir.), *Droit processuel*, Précis Dalloz, 2017, nos 609 et s. – J. El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris 1, 2003, ss dir. Y. Guyon, nos 106 et s., spéc. n° 112-3.

[1221]Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 2016-2017, n° 011.23. – O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, n° 538. – G. Parleani et I. Urbain-Parleani, *Accepter d'un « clic », sans lire et sans comprendre, pour se rétracter ensuite ou les services financiers à l'heure d'Internet*, in *Mél. en l'honneur de J.-J. Daigre*, Joly éd., 2017, n° 1.

[1222]Le modèle allemand peut servir de guide : la section 1031 (5) du ZPO allemand impose que la clause

vrai que cette expression immédiate et non éclairée du consentement semble encore plus problématique à l'heure du développement exponentiel du commerce électronique où le contrat électronique, et donc instantané, devient la norme[1223]. C'est sans doute pour toutes ces raisons, tenant à la protection du consentement *anticipé* du consommateur, que toutes les restrictions et la méfiance qui ont prévalu jusqu'ici continuent parfois à s'appliquer et n'ont d'ailleurs jamais concerné que la clause compromissoire, à l'exclusion du compromis conclu **après** le litige[1224].

308. – Aperçu de droit comparé : le droit nord-américain. Bien que le droit américain de la consommation soit l'un des précurseurs et des plus anciens au monde, la législation fédérale n'a jamais vraiment régulé la question de la clause compromissoire sous cet angle. Dans ce pays pourtant très consumériste, c'est donc le *Federal Arbitration Act* (FAA) et sa faveur pour l'arbitrage qui priment. C'est ainsi sans surprise que la Cour suprême des États-Unis a mené et mène toujours une politique jurisprudentielle particulièrement libérale en la matière et fait toujours supplanter, au moins dans une certaine mesure, la force obligatoire de la clause compromissoire même à l'égard du consommateur et même en matière d'arbitrage interne[1225]. Cette solution permettait aux entreprises américaines d'insérer des clauses compromissoires dans les contrats de consommation afin d'empêcher les actions de groupe (*class actions*). Cette position reste toutefois critiquée de manière virulente par la doctrine[1226], mais aussi par la grande presse américaine[1227]. Néanmoins, certaines juridictions fédérées résistent à cette jurisprudence fédérale sur le fondement de la théorie dite de l'*unconscionability*[1228] et décident que la clause compromissoire ne peut pas priver le consommateur de son droit de recourir à une action de groupe[1229]. Plus récemment, la Cour suprême de Californie a déclaré la nullité d'une convention d'arbitrage par laquelle le consommateur renonce à son droit de poursuivre le *public injunctive relief*, c'est-à-dire les demandes d'injonction qui peuvent bénéficier au grand public, parce qu'elle est contraire à l'ordre public[1230]. Il reste toutefois un doute quant à la question

---

compromissoire soit signée personnellement par les parties et contenue dans un document séparé qui ne traite que de la procédure arbitrale.

[1223]En témoignent les chiffres fournis par la Fédération de l'e-commerce et de la vente à distance (FEVAD) pour l'année 2017 (Communiqué de presse de la FEVAD, 6 févr. 2018) : 81,7 milliards d'euros est le montant dépensé par les Français sur Internet en 2017 et 1,2 milliard le nombre de transactions conclues en ligne en 2017.

[1224]J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, préc., n^{os} 611 et 612 ; pour une consécration jurisprudentielle explicite de cette distinction : Cass. 1re civ., 25 févr. 2010, n° 09-12.126 : *Rev. arb.* 2011, p. 140, note J. El-Ahdab.

[1225]V. en dernier lieu : Cour suprême des États-Unis, 14 déc. 2015, *DirecTV* c/ *Imburgia*, 136 S. Ct. 463 (2015) ; *AT&T Mobility LLC* c/ *Conception*, 563 U.S. 333 (2011).

[1226]M. Winkler, *Mandatory Consumer Arbitration in a Transatlantic Perspective : The US Supreme Court Paves the (Wrong) Way : International Business Law Journ.* 2016, p. 519-536. – I.S. Szalai, *DIRECTV, Inc.* v. *Imburgia : How the Supreme Court Used a Jedi Mind Trick to Turn Arbitration Law Upside Down*, 32 *Ohio State Journal on Dispute Resolutions*, 2016, p. 1 – Th. Koenig et M. Rustad, *Fundamentally unfair : An Empirical Analysis of Social Media Arbitration Clauses : Case Western Reserve Law Review* 2014, vol. 65, Issue 2, p. 341.

[1227]J. Silver-Greenberg et R. Gebeloffoct, *Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice : New York Times* 31 oct. 2015.

[1228]L'*unconscionable agreement* se définit comme étant l'accord qu'aucun promettant raisonnable et lucide ne peut proposer et qu'aucun bénéficiaire honnête et juste ne peut accepter (V. *Black's Law Dictionary*, West Group, 7^{e} éd., 2000).

[1229]Cour d'appel de Californie, 7 janv. 2003, *Mandel* c/ *Household Bank (Nevada)*, 129 Cal.Rptr.2d 380, 385. – Cour d'appel de Californie, 22 avr. 2002, *Szetela* c/ *Discover Bank*, 118 Cal. Rptr. 2d 862.

[1230]Cour suprême de Californie, 6 avr. 2017, *McGill* c/ *Citibank, N.A.*, 2 Cal.5th 945, 2017 Cal. Lexis 2551. – A. Mattson, *Consumer agreements that prohibit public injunctive relief violate public policy*, American Bar Association, 16 août 2017.

de savoir si l'applicabilité d'une telle clause dépend du for et quand exactement la *FAA* prévaut sur les règles des juridictions fédérées. Autre exemple, au Canada, dans une récente affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de services entre une plateforme numérique de VTC et un chauffeur était abusive (*unconscionable*) après que ce dernier eut entamé une action de groupe, laquelle n'avait donc pas à être suspendue[1231].

309. – Plan. Le droit français de l'arbitrage adopte une position binaire concernant l'efficacité de la clause compromissoire à l'égard du consommateur : inopposable au consommateur en matière d'arbitrage interne (1°), la clause compromissoire reste en revanche efficace en matière d'arbitrage international (2°).

1° L'inopposabilité de la clause compromissoire au consommateur en matière d'arbitrage interne

a) De l'inarbitrabilité à l'inopposabilité

310. – Influence de l'arrêt *Prunier* et évolution de l'article 2061 du Code civil. Le sort de la clause compromissoire, conclue par un « non-commerçant » devenu « un non-professionnel », a connu bien des soubresauts. Partant de l'arrêt *Prunier* de 1843[1232], que certains ont perçu comme préconfigurant le droit de la consommation et dans lequel un assuré devait se voir imposer une clause d'arbitrage par une société d'assurance, la Cour de cassation avait très tôt marqué sa défiance à l'égard de ladite clause et dans un tel contexte. S'en est suivie, du moins dans l'ordre interne, une méfiance très solidement ancrée et finalement consacrée au cœur de la loi, le Code civil, pour finalement, progressivement mais sûrement, bénéficier d'une ouverture et de la politique de faveur affichée à l'égard de l'arbitrage en général. Ainsi, après avoir été frappée d'une nullité de principe en matière civile (sauf dérogation légale) pendant une trentaine d'années[1233], la validité de principe de la clause compromissoire a été admise en 2001[1234] (sauf dispositions contraires de la loi) tout en restant subordonnée à la qualité de professionnel, c'est-à-dire si conclue « à raison d'une activité professionnelle ». Aujourd'hui, au terme de la réforme de 2016[1235], la validité de la clause compromissoire est affirmée sans nuance même entre consommateurs, pour se déplacer sur le seul terrain de l'acceptation[1236] : la clause est valable, en tout état de cause, dès lors qu'elle a été acceptée. Il ne s'agit donc plus que d'une question d'inopposabilité : lorsqu'elle est conclue par une personne en dehors de son activité professionnelle[1237], notamment un consommateur, elle demeure valable mais ce dernier aura la faculté de soulever son inopposabilité sans pour autant pouvoir remettre en

---

[1231] *Uber Technologies Inc.* v. *Heller*, 2020 SCC 16 (CanLII).

[1232] Cass. civ., 10 juill. 1843, *Prunier : D.* 1843, 1, p. 343, reproduit *in Rev. arb.* 1992, p. 399 ; v. *supra*, n° 27.

[1233] C. civ., ancien art. 2061 tel qu'issu de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972.

[1234] C. civ., ancien art. 2061 tel qu'issu de la loi dite « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001.

[1235] Nouvel article 2061 tel qu'issu de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016.

[1236] M. Denis, *L'arbitrage s'adapte à un nouveau type de litige : LJA* 28 déc. 2016, p. 1.

[1237] Cass. 3e civ., 17 oct. 2019 : *RDC* 2020, n° 16, p. 44, note G. Cattalano : une personne morale est un professionnel, au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle. La qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal. V. aussi : Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 19-15.728 : *Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – CA Paris, 27 oct. 2020, n° 20/09005, *La Dame de Cœur Vape* : une clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable et donc opposable à une SCI agissant à titre professionnel, bien que gérant un seul bien immobilier.

cause sa validité[1238]. C'est surtout un champ qui est ici dramatiquement étendu : désormais, la clause est non seulement valable mais reste opposable à un particulier lorsque son cocontractant est aussi un particulier (litiges résultant d'une vente en ligne entre deux consommateurs, d'un règlement de copropriété entre voisins, d'une cession de parts de SCI entre associés membres d'une même famille, *etc.*).

311. – Application dans le temps du nouvel article 2061 du Code civil. La loi du 18 novembre 2016 est restée silencieuse sur cet aspect temporel[1239] tandis que les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ce point. La jurisprudence relative à l'ancien article 2061 tel qu'issu de la loi NRE de 2001 peut donc servir de guide et aboutir à considérer que le nouvel article 2061 s'appliquerait à la clause compromissoire alors même qu'elle est contenue dans un contrat conclu avant 2016, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du nouvel article 2061[1240]. Néanmoins, cette solution ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine[1241]. On peut considérer qu'une telle solution déjoue les prévisions des parties et contrevient aux principes fondamentaux du droit transitoire en vertu desquels les clauses contractuelles demeurent régies par la loi ancienne dès lors que le contrat est conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En revanche, de tels arguments peuvent être réfutés en prenant appui sur la nature procédurale de la clause compromissoire, son objet étant le droit d'agir en justice[1242]. Vu sous cet angle, l'application immédiate du nouvel article 2061 du Code civil ne serait qu'une application du principe de droit transitoire selon lequel la loi procédurale s'applique aux instances en cours[1243].

b) Régime de la règle de l'inopposabilité : l'option de compétence

312. – Bénéfice de l'option de compétence. La règle d'inopposabilité formulée à l'article 2061 du Code civil ouvre en réalité au consommateur un droit, celui d'opter entre le juge étatique et l'arbitre. De ce point de vue, le législateur ne fait donc ici que transposer la solution déjà retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation concernant la clause compromissoire contenue dans un contrat de travail[1244].

313. – Exercice de l'option. L'ayant théoriquement déjà acceptée, le consommateur est réputé confirmer son accord à la clause en initiant une procédure d'arbitrage, lorsqu'il est demandeur à l'action, soit s'il est défendeur, en soulevant devant le juge étatique une exception d'incompétence fondée sur la clause arbitrale ou en acquiesçant à la compétence du tribunal arbitral[1245]. Mais s'il ne soulève pas une telle défense, ou *a fortiori* s'il initie une action judiciaire, il sera réputé y avoir renoncé[1246]. L'intérêt d'une telle alternative est qu'elle permet au consommateur de réitérer son consentement en toute connaissance de cause, une fois le litige né. On a d'ailleurs longtemps considéré que la clause compromissoire n'était qu'un pré-accord

---

[1238]Ce qui signifie *a fortiori* qu'il ne pourra pas soulever le caractère « manifestement nul » de la clause au sens des articles 1448, alinéa 1 et 1455 du Code de procédure civile.

[1239]V. *supra*, Encart 4 et n° 39.

[1240]Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : *RTD com.* 2006, p. 302, note E. Loquin ; *contra*, D. Bureau : *Rev. arb.* 2005, p. 1013 ; Th. Le Bars : *D.* 2006, p. 277.

[1241]En faveur de la position adoptée par la jurisprudence : E. Loquin : *RTD com.* 2006, p. 302 ; *contra*, D. Bureau : *Rev. arb.* 2005, p. 1013 ; Th. Le Bars : *D.* 2006, p. 277.

[1242]Sur ce point, V. *supra*, n° 248.

[1243]E. Loquin : *RTD com.* 2006, p. 302.

[1244]V. en dernier lieu : Cass. soc., 30 nov. 2011 : *RTD com.* 2012, p. 351 ; sur la question de l'arbitrabilité du droit du travail, V. *infra*, n° 330.

[1245]Cass. 2e civ., 21 nov. 2002, 2e esp. : *Rev. arb.* 2004, p. 287.

[1246]Sur la question de la renonciation à la convention d'arbitrage, V. *infra*, n° 669.

qui devait être validé par le compromis[1247]. D'ailleurs, la Cour de cassation considérait depuis fort longtemps qu'une telle clause conclue par une personne en dehors de son activité professionnelle était nulle d'une nullité relative et donc susceptible de confirmation[1248]. Une telle position se rapproche de la nouvelle règle d'inopposabilité qui n'apporte donc pas d'innovations majeures sur le plan pratique[1249].

314. – Moment de l'exercice de l'option. Une question reste posée toutefois : le consommateur doit-il se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire *in limine litis* ou peut-il le faire à tout moment de la procédure ? Concrètement, doit-il s'en prévaloir dès le déclenchement de l'arbitrage voire avant même que le tribunal arbitral soit constitué[1250], ou bien plus tard, voire lors du recours en annulation de la sentence alors qu'il aurait participé à la procédure arbitrale sans réserve ? La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point, mais il n'est pas exclu de penser que la solution retenue en matière de renonciation à la convention d'arbitrage[1251], qui exige de soulever l'exception d'inopposabilité *in limine litis* et avant toute défense au fond soit transposable ici.

c) Incidence de l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation sur l'option de compétence

315. – Clause « grise ». Nonobstant la rédaction du nouvel article 2061 du Code civil, l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation continue de classer la clause compromissoire au rang des clauses « grises » présumées abusives et donc réputées non écrites[1252]. Il s'agit d'une présomption simple, susceptible d'être renversée par la preuve contraire rapportée par le professionnel[1253]. Ce dernier supporte la charge de prouver que les conditions d'exercice du recours à l'arbitrage, en termes de coût par rapport au montant du litige, d'éloignement et de langue, ne créent pas de déséquilibre significatif entre lui et le non-professionnel. Concrètement, le professionnel a la charge de prouver que les modalités prévues par la clause compromissoire ne rendent pas l'accès à la justice du consommateur plus difficile et plus onéreux qu'en cas de recours judiciaire[1254]. Par exemple, afin de prouver le caractère non abusif de la clause, le professionnel pourrait prouver que les frais d'arbitrage sont inférieurs au montant du litige ou qu'il les prend en charge intégralement[1255]. Sous cet angle, il serait possible de considérer qu'est abusive de manière générale la clause qui dissuade le consommateur

---

[1247]Cass. req., 12 avr. 1821 : *Rép.* Dalloz, V° *Arbitrage*, n° 450. Une telle conception a été préconisée par le biais d'une interprétation forcée de l'arrêt *Prunier* (Cass. civ., 10 juill. 1843, *Prunier*, préc.).

[1248]Cass. 2e civ., 21 nov. 2002, 2e esp., préc. – CA Paris, 12 nov. 1998 : *Rev. arb.* 1999, p. 374, note Ch. Jarrosson. – CA Paris, 12 janv. 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 947, note L. Zollinger ; *Contra* : Cass. 2e civ., 5 mai 1982 : *Rev. arb.* 1983, p. 75, note J. Rubellin-Devichi. – CA Paris, 16 mars 1984 : *Rev. arb.* 1986, p. 434, note Ph. Fouchard. – CA Versailles, 29 oct. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 483, note D. Cohen. – CA Paris, 11 mars 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 139, obs. crit. J. Pellerin.

[1249]Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, *Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : Rev. arb.* 2016, p. 1007, § 20.

[1250]J. Pellerin, *Commentaire de l'article 11 de la loi Justice du XXIe siècle : les nouvelles dispositions sur l'arbitrage : Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, n° 5, p. 54.

[1251]V. en dernier lieu : CA Paris, 31 mars 2017, n° 16/00990.

[1252]En application de l'article L. 241-1 du Code de la consommation.

[1253]À ne pas confondre avec la preuve que celui qui invoque l'inopposabilité est en fait un professionnel ; V. à ce titre : Cass. 1re civ., 20 déc. 2017 : *RGDA* 2018, p. 104, note Schulz.

[1254]M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préc., n° 202.

[1255]Il ne semble pas que la jurisprudence française se soit prononcée sur ce point. Par conséquent, ces exemples sont tirés de la jurisprudence américaine sur ce sujet. V. par ex. : *Brower* c/ *Gateway 2000 Inc.*, 676 N.Y.S.2d 569 (N.Y. App. Div. 1998).

d'agir en justice. Ceci pose la question de l'articulation entre les deux textes[1256] : bien que le Code civil ne l'invalide pas, la clause compromissoire conclue entre un consommateur et un professionnel sera présumée abusive et donc réputée non écrite comme le prévoit le Code de la consommation[1257]. Dès lors, le texte spécial a-t-il vocation à supplanter le texte général ? Plus spécialement, dans le cas où le professionnel prouve le caractère non abusif de la clause, le consommateur perd-il pour autant le droit de se prévaloir de la règle d'inopposabilité ? En effet, on pourrait considérer que le fondement de l'inopposabilité tenant au déséquilibre existant entre professionnel et consommateur, la preuve de l'absence d'un tel déséquilibre prive la règle d'inopposabilité de tout fondement. En revanche, une autre solution possible serait de considérer que l'article 2061 du Code civil et l'article R. 212-2 du Code de consommation ont des champs d'application différents : tandis que le second ne concernerait que la clause qui oblige le consommateur à recourir à l'arbitrage, le premier au contraire donnerait au consommateur le bénéfice d'une option, la clause lui étant simplement facultative et non obligatoire[1258].

2° L'efficacité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international

a) Faveur initiale à la clause compromissoire dans les arbitrages internationaux de consommation

316. – Jurisprudence initialement favorable à l'arbitrage international. La jurisprudence antérieure au nouvel article 2061 du Code civil a systématiquement écarté son application en matière d'arbitrage international. Soucieuse de préserver sa politique de faveur à l'arbitrage international, la Cour de cassation a affirmé depuis longtemps et à maintes reprises que cet article ne s'appliquait pas sur le plan international. Dans l'arrêt *Jaguar*[1259], la Cour de cassation avait très tôt décidé que la clause compromissoire produisait ses effets à l'égard du consommateur qui devait la respecter dès lors que le contrat mettait en jeu les intérêts du commerce international ; la validité de la clause compromissoire était considérée comme une règle matérielle du droit de l'arbitrage international comme l'avaient posé les arrêts *Dalico*[1260] et *Zanzi*[1261]. En d'autres termes, le champ d'application de l'article 2061 du Code civil était cantonné à l'ordre interne dans lequel le consommateur peut s'estimer encore protégé à l'égard d'éventuelles « attaques » arbitrales. Postérieurement à la jurisprudence *Jaguar*, une nuance politique était apportée par le ministère de la Justice dans une réponse ministérielle du 31 janvier 2002 selon laquelle la limitation posée à l'article 2061 du Code civil devrait s'appliquer aux contrats internationaux « conclus par des consommateurs domiciliés en France avec des professionnels établis à

[1256] Ph. Fouchard, *Clauses abusives en matière d'arbitrage : Rev. arb.* 1995, p. 147.

[1257] TJ Paris, 27 oct. 2020, n° 16/07290 : le tribunal considère que la clause compromissoire doit être réputée non écrite dès lors qu'elle ne ménage « aucune liberté à l'utilisateur d'acceptation ou de refus » et qu'elle laisse croire au consommateur que sa « soumission à de telles modalités de règlement extrajudiciaire constitue un préalable voire un substitut obligatoire à l'exercice de son action en justice ».

[1258] V. en ce sens : L. Weiller, *Atelier du groupe de travail « Pratique Arbitrale » du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2017, n° 3, p. 1083 et s., spéc. p. 1095.

[1259] Cass. 1re civ., 21 mai 1997, *Jaguar : Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *JDI* 1998, p. 969, note S. Poillot-Peruzzetto ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, p. 330, obs. E. Loquin.

[1260] *Cf.* Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico*, préc.

[1261] Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-24.430, *Zanzi : D.* 1999, 31 ; *Rev. crit. DIP* 1999, 546, note D. Bureau ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

l'étranger » mais « sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions »[1262]. Se saisissant de cette brèche désormais largement ouverte aux tribunaux, la Cour de cassation a réitéré la solution *Jaguar* à maintes reprises, notamment dans les affaires *Rado* et *El Assidi*[1263]. L'antériorité de cette jurisprudence à la dernière réforme en 2016 de l'article 2061 conduit à s'interroger sur la solidité de cette solution relativement libérale notamment à l'heure où les critiques doctrinales favorables à une meilleure protection du consommateur, dans un contexte international, à l'égard de l'arbitrage se font de plus en plus entendre[1264] et où le départ, dans le domaine électronique, entre ce qui appartient aux échanges électroniques et ce qui relève du commerce international se révèle de plus en plus ténu, si ce n'est théorique.

Le champ d'application de l'article 2061 était donc écarté en matière d'arbitrage international. La position libérale adoptée par la jurisprudence écarte donc du champ d'application de l'article 2061 du Code civil tous les contrats internationaux de consommation impliquant un mouvement transfrontalier. Étant donné que la protection prévue par cette disposition dépendra du caractère interne ou international de l'arbitrage, l'enjeu de la qualification de l'arbitrage en cause risque de devenir crucial[1265]. Néanmoins, afin d'éviter que la protection du consommateur soit sensiblement limitée et neutralisée en matière d'arbitrage international, certains ont pu considérer que la présomption du caractère abusif de la clause compromissoire prévue à l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation pourrait être jugée d'ordre public international et donc s'appliquer en matière d'arbitrage international[1266].

317. – Une nouvelle partie faible de l'arbitrage : l'impécunieux ? Ces dernières années ont vu émerger dans l'arbitrage moderne une nouvelle forme de déséquilibre qui n'est plus propre au consommateur et à la protection de son consentement : un déséquilibre entre la partie qui a les moyens de recourir à l'arbitrage et l'impécunieux aux ressources financières limitées, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'arbitrage[1267]. L'impécunieux en arbitrage dépasse largement la notion de consommateur en ce qu'il désigne toute personne, tant physique que morale, qui se trouve dans une situation d'incapacité financière soit pour entamer, comme demandeur, un arbitrage, soit pour défendre et notamment invoquer, comme défendeur, des demandes reconventionnelles[1268]. Sous cet angle, l'objectif premier qui sous-tend l'idée de protéger l'impécunieux n'est plus le souci de protéger son consentement, mais davantage de garantir l'effectivité de son droit d'accès à la justice[1269]. C'est ainsi que

---

[1262]Rép. min. Justice : *JO* Sénat 31 janv. 2002, p. 314.

[1263]Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Rado : Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. Boucobza ; *D.* 2004, p. 2458, note I. Najjar ; *RTD com.* 2004, p. 447, obs. E. Loquin. – CA Paris, 28 avr. 2004, *Merril Lynch Pierce Fenner & Smith SAS : Rev. arb.* 2005, p. 115. – CA Paris, 19 oct. 2007, *Merrill Lynch Pierce Fenner & Smith SAS : RJDA* 2/2008, p. 208-209. – Cass. 1re civ., 12 mai 2010, *El Assidi : Rev. arb.* 2010, p. 391.

[1264]M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2016, p. 207. – Th. Clay, *Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage : Cah. arb.* 2017, p. 17 et s., spéc. p. 28, n° 17.

[1265]Sur la qualification de l'arbitrage et son enjeu, V. *supra*, Encart 11 et n° 169.

[1266]J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, n° 113, p. 63.

[1267]CA Paris, 26 févr. 2013, *Lola Fleurs : Rev. arb.* 2013, p. 749, note F.-X. Train. – Cass. 1re civ., 28 mars 2013, *Pirelli : Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train. – Cass. 1re civ., 13 juill. 2016, *Sté MJA* c/ *Sté Airbus Hélicoptères : RTD com.* 2017, p. 847, obs. E. Loquin ; V. aussi M. C. E. Cardoso, *Impecunious parties in international commercial arbitration : Arb. Int.* 2020, n° 36, p. 123-146.

[1268]K. Sachs, *La protection de la partie faible en arbitrage : Gaz. Pal.* 17 juill. 2007, n° 198, p. 22. – M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, op. cit.., n° 292.

[1269]Cass. 1re civ., 28 mars 2013, *Pirelli : Rev. arb.* 2013, p. 746, note F.-X. Train. – CA Paris, 26 févr. 2013, *Lola Fleurs*, préc. ; concernant le refus de faire droit au moyen tiré du droit d'accès au juge en raison de l'impécuniosité du franchisé : CA Paris, 2 juin 2020, n° 17/18900 : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – CA

la question du déni de justice, qui n'est pas nouvelle en arbitrage[1270], n'est plus posée seulement sous l'angle théorique mais aussi et surtout sur un plan pratique et concret. Afin de remédier à cette impécuniosité, certains[1271] proposent de s'inspirer des mécanismes d'assistance juridique et financière prévus tant par la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (CPA), ayant mis en place le Fonds d'assistance financière de la CPA bénéficiant aux États figurant sur la liste des bénéficiaires du Comité d'aide au développement de l'OCDE[1272] que par le Tribunal arbitral du sport (TAS) ayant mis en place un système d'assistance judiciaire permettant notamment à la partie de nommer un avocat d'office *pro bono* et d'être dispensée de payer les frais de procédure[1273]. Tout en admettant les difficultés qu'elle pose, ces auteurs considèrent qu'une telle transposition mériterait d'être considérée et devrait au moins inspirer les centres d'arbitrages et associer des tiers financeurs[1274]. N'est-ce pas d'ailleurs, d'une certaine manière, la direction que semblent prendre certains centres qui prévoient désormais des procédures abrégées et à moindre coût pour des litiges d'une valeur plus limitée[1275] ?

b) Vers une protection spécifique du consommateur à l'égard de la clause d'arbitrage international ?

318. – Primauté de la protection du consommateur sur la protection de la priorité arbitrale. Dans l'arrêt *PWC*[1276] du 30 septembre 2020, la Cour de cassation a drastiquement rompu avec les solutions dégagées par les arrêts *Jaguar* et *Rado*[1277], déjà contestées par la doctrine[1278]. Ces décisions, qui veillaient scrupuleusement au respect de l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans les contrats de consommation, ont en effet été remises en cause par l'arrêt du 30 septembre 2020

Paris, 11 sept. 2018, n° 16/19913 : *D.* 2018, 2448, obs. Th. Clay. – CA Pau, 5 nov. 2020, n° 20/01175, in *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, chron. J. Jourdan-Marques.

[1270]Posée en premier lieu concernant les difficultés dans la constitution du tribunal arbitral et le rôle du juge d'appui : V. Cass. 1re civ., 1er févr. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note Th. Clay.

[1271]Actes du colloque « Arbitrage et partie faible », 9 mai 2016, organisé par le CMAP : *JDI* janv. 2017, p. 1 et s., spéc. p. 32-33.

[1272]Cf. Statut et Règlement du fonds d'assistance financière pour le règlement des différends internationaux, approuvés par le Conseil administrative de la CPA, 11 déc. 1995, n° 5 ; Directive sur l'assistance judiciaire au TAS du 1er nov. 2020.

[1273]Directives sur l'assistance judiciaire au Tribunal Arbitral du Sport telles que modifiées le 1er janvier 2016, art. 6. – S. Le Reste, *Retour d'expériences sur l'assistance judiciaire au Tribunal arbitral du sport : Cah. dr. sport* 2017, n° 47, p. 59 et s.

[1274]Actes du colloque « *Arbitrage et partie faible* », préc., spéc. p. 36.

[1275]V. par ex. : Règl. d'arbitrage CCI (2021), art. 30 et appendice VI pour les conventions d'arbitrage conclues entre le 1er mars 2017 et le 1er janv. 2021 lorsque le montant du litige est inférieur à deux millions de dollars américains et pour les ocnvnetions d'arbitrage conclues après le 1er janv. 2021 lorsque le montant du litige est inférieur à trois millions de dollars américains ; Règl. d'arbitrage SIAC (2016), art. 5, pour les litiges dont le montant est inférieur à six millions de dollars singapouriens.

[1276]Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 2020, 1311, note M. de Fontmichel ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, p. 27, note S. Bollé ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *Procédures* 2021, comm. 22, obs. L. Weiller ; *LPA* 21 déc. 2020, n° 157q4, p. 7, obs. S. Akhouad-Barriga ; *Contrats, conc. consom.* janv. 2021, obs. E. Fohrer-Dedeurwaerder.

[1277]Cass. 1re civ., 21 mai 1997, n° 95-11.427, *Jaguar : Rev. crit. DIP* 1998, 87, note V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard. – Cass. 1re civ., 30 mars 2004, *Rado : D.* 2004, 2458, note I. Najjar ; *RTD com.* 2004, 447, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2005, p. 125, note X. Boucobza.

[1278]V. A. Sinay-Cytermann, *Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international : Rev. crit. DIP* 2009, p. 427 ; V. aussi Th. Clay, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 : D.* 2005, p. 3050.

concernant un différend relatif à un héritage en Espagne. Afin de se faire assister pendant le règlement de la succession du *de cujus*, l'un des héritiers avait sollicité la société de conseil *PWC*. Mécontent des services fournis par la société, l'héritier l'assignait en responsabilité devant le tribunal de grande instance de Nanterre, tandis que la société *PWC* se prévalait de la clause compromissoire stipulée dans le contrat de services juridiques pour contester la compétence des juridictions étatiques ainsi que pour souligner la priorité donnée à l'arbitre pour se prononcer sur sa propre compétence (et donc la validité de la clause compromissoire). En appel, la cour d'appel de Versailles écartait le jeu de la clause compromissoire au motif que celle-ci était abusive et retenait donc la compétence des juridictions françaises[1279]. La Cour de cassation rejetait le pourvoi formé par *PWC* contre l'arrêt d'appel. Il s'agissait pour elle de concilier l'impératif d'accès à la justice et de protection du consommateur avec la règle de priorité de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, le premier supplantant finalement la seconde.

319. – La solution de l'arrêt *PWC*. La Cour de cassation, en se fondant sur la législation et la jurisprudence européennes[1280], affirme que « la règle procédurale de priorité édictée par [l'article 1448 du Code de procédure civile applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code] ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder ». Ainsi, le principe compétence-compétence, dans son effet négatif, est écarté, celui-ci étant, en l'espèce, incompatible avec l'idée que le consommateur doit bénéficier d'un accès simple et immédiat au juge. La cour ajoute ensuite que « la société PWC ne démontrait pas que la clause standardisée obligeant le client non-professionnel à saisir, en cas de différend, une juridiction arbitrale, avait fait l'objet d'une négociation individuelle ». La cour écarte donc la clause compromissoire et confirme la compétence du juge étatique français. Finalement, conformément à l'arrêt *PWC*, un juge étatique saisi par un consommateur est fondé à apprécier, en fait et en droit et en lieu et place de l'arbitre, si le litige opposant un professionnel est recevable et donc si la clause compromissoire est manifestement « difficile » à mettre en œuvre, ajoutant à l'article 1148 du Code de procédure civile.

320. – Un véritable revirement ? Cet arrêt semble constituer un revirement sur au moins deux aspects : d'une part, quant à l'applicabilité de l'effet négatif du principe compétence-compétence en présence d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de consommation international et, d'autre part, quant à la validité d'une clause compromissoire dans un tel contexte[1281]. Concernant l'éviction du principe

---

[1279] CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/03779 : *LPA* 2018, n° 135, p. 13, obs. C. Jalicot.

[1280] En établissant dans son arrêt que selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'article 6 de la directive 93/13/CEE concernant l'obligation des États membres de prévoir que les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ne lient pas ces derniers représente « une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public » (pt 8). Et qu'ainsi : « Compte tenu, également, de la nature et de l'importance de l'intérêt public que constitue la protection des consommateurs, la directive 93/13 impose (…) de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel » (pt 9), parmi lesquels « la possibilité d'introduire un recours ou de former opposition dans des conditions procédurales raisonnables, de sorte que l'exercice de leurs droits ne soit pas soumis à des conditions, notamment de délais ou de frais, qui amenuisent l'exercice des droits garantis par la directive 93/13 » ; V. aussi CJUE, 18 nov. 2020, aff. C-519/19, *Ryanair DAC*.

[1281] V. L. Usunier, *Chronique d'une mort annoncée : l'irrégularité de la clause compromissoire figurant dans un contrat de consommation international : RTD civ.* 2020, p. 845. – J. Jourdan-Marquez, *Chronique d'arbitrage : la*

compétence-compétence, la Cour de cassation n'utilise pas le concept de nullité manifeste de la clause compromissoire de l'article 1448 du Code de procédure civile, mais décide, sans doute pour la première fois, de neutraliser ce texte, en faisant primer les techniques de lutte du droit européen contre les clauses abusives. En effet, la Cour de cassation décide de faire primer ces objectifs sur la priorité de l'arbitre au motif que le juge étatique est tenu d'examiner d'office les règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, protecteur des droits des consommateurs[1282]. Ainsi, en matière de litiges de consommation, une exception est désormais posée au principe de l'effet négatif du principe compétence-compétence consacré à l'article 1448 du Code de procédure civile. Concernant l'écart de la clause compromissoire, le raisonnement suivi par la Cour de cassation s'articule autour de l'absence de négociation individuelle de clause ainsi que de l'efficacité de la protection du consommateur et de son droit à un recours effectif. La jurisprudence de 2020 fait donc évoluer le droit positif vers une protection accrue du consommateur, en lien avec les dernières recommandations européennes[1283], peu importe que l'individu relève du marché français interne ou international, ce qui se justifie à l'heure où de nombreux achats en ligne ou de prestations de services électroniques ignorent totalement les frontières. Certains commentateurs[1284] y voient d'ailleurs une potentielle future règle matérielle, même si, à y regarder de plus près, l'évolution était déjà en germe[1285]. S'il s'agit certes d'un revirement, qui fait primer pour la première fois une règle matérielle du droit de la consommation sur le droit de l'arbitrage dans l'ordre international, il n'est pas certain qu'il soit aussi tranché que certains veulent l'affirmer. En effet, l'arrêt *PWC* ne fait que déplacer le point d'équilibre légèrement vers le droit de la consommation, pour des raisons autant juridiques que d'équité.

321. – Mise à l'écart relative de l'article 1448 du Code de procédure civile. Il ne semble pas que la jurisprudence *PWC* remette radicalement en cause l'articulation entre droits de l'arbitrage et de la consommation et fasse des clauses compromissoires des clauses automatiquement abusives. En effet, la priorité accordée aux arbitres selon le principe compétence-compétence s'impose au juge national dans la mesure où elle ne heurte pas l'ordre public. Or, une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation ne viole pas nécessairement l'ordre public issu des directives européennes et du droit national français. Il s'agit, en effet, de prendre en considération les conditions de conclusion de la clause compromissoire et les effets de celle-ci sur

---

Cour de cassation coule la Jaguar et le Rado : Dalloz actualité, 19 oct. 2020.

[1282]Dir. 93/13/CEE, 5 avr. 1993, art. 6 et 7. – CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05. – CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08. – CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-40/08. – CJUE, 17 mai 2018, aff. C-147/16. – CJUE, 13 sept. 2018, aff. C-176/17. – CJUE, 7 nov. 2019, aff. C-419/18 et C-483/18.

[1283]Recomm. n° 20-01, relative aux contrats de location de moyens de transports individuels en libre-service, spéc. p. 41.

[1284]V. spéc. M. de Fontmichel et D. Mainguy, notes ss Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, *PWC*, préc.

[1285]L'arrêt *Peavey* de 2007 avait, déjà, anticipé la question en décidant de la transmission d'une clause d'arbitrage, y compris à l'égard de parties non professionnelles, mais en réservant la « preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause » : Cass. 1re civ., 6 févr. 2001, *Peavey : Bull. civ.* 2001, I, n° 22, p. 15 ; *JCP* G 2001, p. 10567, note C. Legros ; *D.* 2001, p. 1135, note Ph. Delebecque ; *Contrats, conc. consom.* 2001, p. 82, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2001, note R. Libchaber ; *JCP* E 2001, p. 1238, note D. Mainguy et J. B. Seube. V. aussi : CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mme Mostaza Claro* c/ *Centro Movil Milenium SL : D.* 2006, 2910, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 3026, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2007, 113, obs. J. Mestre et B. Fages ; V. aussi : M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, Economica, 2013. – J. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, ss dir. G. Khairallah, thèse, Paris II, 2011, nos 331 et s. – Ch. Seraglini, *Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche d'un équilibre : Gaz. Pal.* 2007, n° 349, p. 5, n° 26.

l'équilibre contractuel. Une clause ayant fait l'objet d'une négociation individuelle et/ou ne créant pas, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, pourrait n'être pas considérée comme abusive. En d'autres termes, une clause compromissoire librement négociée ou laissant le choix au consommateur entre l'arbitrage et la saisine du juge étatique compétent n'est pas abusive. De même, une clause non librement négociée n'est pas abusive si elle ne crée pas de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Ce n'est donc pas l'absence de négociation *per se* qui rend une clause abusive. Finalement, seulement la clause compromissoire entravant l'exercice de l'action en justice du consommateur, notamment en lui imposant à l'avance de recourir à l'arbitrage en cas de litige, peut désormais être contestée en tant que clause abusive. Pour le reste, les clauses compromissoires peuvent continuer de recevoir application et le principe de priorité procédurale de l'arbitre pour se prononcer sur sa propre compétence devrait encore s'appliquer[1286].

322. – Portée de l'arrêt *PWC* et consolidation. Puisque certains auteurs craignent cette brèche ouverte dans le principe compétence-compétence, il convient toutefois de s'interroger sur la portée réelle de l'arrêt, notamment vis-à-vis d'autres matières. La solution de l'arrêt *PWC* concernant le contrat de consommation international ne fait que rejoindre une solution déjà retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation au sujet du salarié, autre partie faible, pour lequel le principe compétence-compétence était déjà écarté[1287]. Ainsi, le cantonnement de l'effet négatif du principe compétence-compétence est présent en droit du travail et en droit de la consommation, le juge étatique étant à présent pleinement compétent pour connaître de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail et dans un contrat de consommation international. Même si l'on pourrait y voir une fragilisation des principes fondamentaux de l'arbitrage, cette solution constitue en réalité une consolidation du droit positif, qui avait déjà pris cette orientation dans la protection des parties faibles. La logique de l'arrêt ne manque pas de pragmatisme. Loin d'une conception idéologique qui pourrait s'en dégager, il ne serait en effet ni économiquement sensé, ni équitable, qu'une partie faible soit contrainte de recourir à l'arbitrage pour simplement faire valoir que la clause d'arbitrage ne doit pas s'appliquer et pour être renvoyée « à mieux se pourvoir » devant le juge étatique, avec les coûts exposés que cela suppose, d'autant plus difficiles à supporter considérant, par hypothèse, les moyens juridiques et économiques limités de cette partie faible[1288].

[1286] S. Akhouad-Barriga, *Consommateur, clause d'arbitrage intra-UE et mise en échec de l'article 1448 du Code de procédure civile : la Cour de cassation ouvre la brèche : LPA* 21 déc. 2020, n° 157q4, p. 7.

[1287] Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-40.643 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 78. – Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 191. – Cass. soc., 30 nov. 2011, n[os] 11-12.905 et 11-12.906 : *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucardon-Nardetto ; V. *infra*, n° 330 et s.

[1288] V. *supra*, n[os] 231 et 243.

Encart 15

Arbitrage et action de groupe

323. – Action de groupe et arbitrage collectif. L'articulation entre arbitrage et action de groupe pose deux questions : d'une part, le sort de l'action de groupe devant le juge étatique en présence d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation et, d'autre part, la possibilité d'exercer une action de groupe devant l'arbitre, c'est-à-dire d'engager un arbitrage collectif ou *class arbitration*. L'action de groupe est une procédure judiciaire de poursuite collective unique et récemment introduite en droit français, exercée lorsqu'un groupe déterminé de personnes se trouvant dans une situation similaire ont subi un dommage causé par un même défendeur et découlant d'un manquement de même nature[1289]. Dans le même ordre d'idées et même s'il ne s'agit pour l'heure que de prospectives en droit français, l'arbitrage collectif serait donc l'action de groupe introduite devant l'arbitre pour cette catégorie de demandeurs liés par une même convention d'arbitrage. L'arbitrage collectif peut présenter des avantages tant pour la partie faible que pour le professionnel. D'une part, il rend l'arbitrage plus accessible aux parties faibles qui n'ont plus à supporter l'intégralité des frais de procédure. D'autre part, il permet au professionnel de concentrer les litiges et d'éviter de multiplier les coûts de procédure pour des différends semblables.

324. – Distinction entre arbitrage collectif et consolidation des procédures arbitrales. Dans l'arbitrage collectif, une seule action est introduite devant le tribunal arbitral au nom d'un groupe de personnes lésées alors que, dans la consolidation, plusieurs actions sont intentées individuellement par chacun des demandeurs en son propre nom et sont ensuite jointes dans une même procédure du fait de leur connexité[1290]. Par ailleurs, l'arbitrage collectif se distingue de l'arbitrage « de masse », actuellement en essor en arbitrage d'investissement, puisqu'il implique une agrégation de demandes introduites individuellement par chacun des investisseurs lésés mais traitée par un seul et même tribunal arbitral[1291]. La vague des actions de groupe et de l'arbitrage collectif a d'abord pris naissance aux États-Unis avant d'atteindre l'Europe et plus particulièrement la France.

[1289] L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, *Modernisation de la justice au XXIe siècle*, art. 62.

[1290] W. Park, *La jurisprudence américaine en matière de « class arbitration » : entre débat politique et technique juridique » : Rev. arb.* 2012, p. 507 et s., spéc. p. 514-515.

[1291] L. G. Radicati Di Brozolo et F. Ponzano, *Representative Aspects of « Mass Claim » Proceedings in Investor-State Arbitration*, *in* B. Hanotiau et E. Schwartz (ss dir.), *Class and Group Actions in Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 14, p. 127 et s. ; V. plus généralement : S. I. Strong, *Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*, Oxford University Press, 2013. – V. Heiskanen, *Mass Claims in ICSID Arbitration*, *in* M. N. Kinnear et G. R. Fischer (ss dir.), *Building International Investment Law : The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 613 et s.

1. État actuel du droit américain

A. L'arbitrage collectif : l'exemple de l'*American Arbitration Association* (AAA)

325. – Mécanisme. Aux États-Unis, le recours à l'arbitrage collectif est encadré sur le plan institutionnel par l'*American Arbitration Association* (AAA) qui recense 515 demandes de ce type soumises auprès de ce centre jusqu'en mai 2018[1292]. Selon le modèle AAA[1293], l'arbitre gère entièrement l'action collective : il est donc compétent pour trancher sur sa compétence, autoriser l'action collective, déterminer la classe représentée et inviter les personnes identifiées à joindre la classe et statuer au fond du litige. En contrepartie, les audiences sont publiques et toute décision du tribunal arbitral est susceptible d'un recours en appel devant le juge étatique, notamment concernant sa compétence[1294], aboutissant à une certaine judiciarisation du procès et augmentant le risque de recours dilatoires.

B. L'action de groupe et la clause compromissoire

326. – La force obligatoire de la clause au détriment de l'action de groupe. Si, dans un premier temps, la Cour suprême des États-Unis a validé le principe d'une sentence rendue sur le fondement d'une *class action*[1295], permettant ainsi de contourner l'usage de clauses compromissoires par les professionnels de manière à éviter des *class actions*, elle a ensuite décidé de valider la clause compromissoire interdisant l'action de groupe devant un juge étatique, dite *class arbitration waivers* ou empêchant la mise en œuvre d'un arbitrage collectif est valable[1296]. Ainsi, l'action de groupe, tant celle devant le tribunal arbitral (*class arbitration*) que devant le juge étatique (*class action*), ne revêt pas un caractère d'ordre public, ce qui permettrait aux parties d'y renoncer. Cette position ne fait pas l'unanimité tant au sein des tribunaux inférieurs qu'au sein de la doctrine[1297]. D'ailleurs, le comité de protection financière du consommateur (*Consumer Financial Protection Bureau* ou *CFPB*) a proposé en 2017 une réforme législative, qui

---

[1292]Disponible sur le site officiel de l'AAA : https://apps.adr.org/CaseDocketApp/faces/CaseSearchPage.jsf?_ga=2.254110592.982495084.1619516269-1054923210.1619516269.

[1293]ABA, *Supplementary Rules for Class Arbitrations*.

[1294]Cour suprême des États-Unis (US Sup. Ct.), *Stolt-Nielsen S.A.* v. *Animal Feeds Int'l Corp,* 130 S. Ct. 1758 (2010).

[1295]US Sup. Ct., *Green Tree Financial* v. *Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003), en suite d'une décision de la Cour suprême de l'État de Caroline du Sud (569 S.E. 2d 349, 360 [S.C.2002]), qui avait reconnu, au bon vouloir de l'arbitre ou du juge, la possibilité de recourir à l'arbitrage, en cas de silence de la clause compromissoire, si cela servait l'efficacité et l'équité.

[1296]US Sup. Ct., *AT&T Mobility LLC* c/ *Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011) ; *American Exp. Co.* v. *Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304, 186 L. Ed. 2d 417, 163 Lab. Cas. (CCH) P 10607, 2013-1 Trade Cas. (CCH) 78432 (2013), Cour d'appel fédérale du *Third Circuit, Sutter* v. *Oxford Health Plans*, 2012 WL 1088887 (2012).

[1297]*Cf.* J. Wilson, *How the Supreme Court thwarted the Purpose of the Federal Arbitration Act : Case Western Reserve Law Review*, Fall 2012, p. 91. – J. Salas, *Has the Supreme Court twisted arbitration agreements into a* de facto *Liability Shield : Westlaw Journal Class Action* 2015, vol. 22, n° 4, p. 2. – D. Schwartz, *Claim Suppressing Arbitration : The New Rules : Indiana Law Journal* 2012, n° 87, p. 267.

n'a pas abouti[1298], en vertu de laquelle la clause compromissoire ne saurait interdire au consommateur de participer à une action. Il existe toutefois un tempérament important introduit récemment dans ce domaine par la Cour fédérale du *Second circuit* (*Amex Merchants*)[1299] : dans le cas où le recours à l'arbitrage s'avère excessivement onéreux, la clause compromissoire est nulle et les victimes regagnent leur droit d'intenter une action de groupe, cette action étant le seul moyen économiquement possible pour faire valoir leurs droits.

2. Le droit français : quelques prospectives

327. – Aperçu du cadre légal de l'action de groupe en droit français. Introduite, à l'image d'autres droits européens[1300], en matière de consommation en 2014[1301], l'action de groupe a ensuite été étendue à d'autres matières en 2016[1302] sans pour autant être admise de manière générale et rencontrer un franc succès. La procédure se déroule en deux étapes : la déclaration de responsabilité et la réparation des préjudices. Dans la première étape, la procédure se déroule de manière abstraite et le jugement sur la responsabilité n'est donc pas rendu au profit d'une personne ou d'un groupe de personne déterminé[1303]. Ce n'est qu'au stade de la réparation des préjudices que les victimes peuvent adhérer au groupe en mandatant par voie de demande expresse une association dédiée aux fins d'indemnisation[1304]. Au regard du cadre légal français, la question de l'articulation de l'arbitrage et des actions de groupe se pose.

328. – Force obligatoire de la clause compromissoire et action de groupe. Il est difficile d'imaginer, du moins en droit interne français, qu'une clause compromissoire puisse faire échec à l'action de groupe et encore moins la supplanter[1305]. D'abord, concernant l'action de groupe en matière du droit de la consommation, la clause compromissoire peut être neutralisée par le simple jeu de l'inopposabilité prévue à l'article 2061 du Code civil. Ensuite, concernant les autres matières, l'action de groupe serait d'ordre public[1306] selon l'article L. 623-32 du Code de la consommation introduit par la loi de 2016 « Justice 21 » qui répute non écrite « toute clause ayant pour objet ou pour effet d'interdire à une

---

[1298]Federal Register, 22 nov. 2017, vol. 82, n° 224, *Rules and Regulations*.

[1299]À trois reprises et dans la même affaire ; V. en dernier lieu : *In Re American Express Merchants Litigation* (« Amex III »), 2012 WL 284518 (2d Cir. 2012).

[1300]Tels l'Allemagne (loi « KapMuG », 16 août 2005), l'Espagne (L. n° 1/2000, 7 janv. 2000, sur la procédure civile) ; les Pays-Bas (Acte des Actions Collectives [« WCAM »] de 2005) ; l'Italie (L. 1er juill. 2009).

[1301]L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation et D. n° 2014-1081, 24 sept. 2014, relatif à l'action de groupe en matière de consommation et uniquement en ce qui concerne la vente de biens, la fourniture de services, ou les pratiques anticoncurrentielles. V. D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français*, Lextenso, 2014. – D. Mainguy et M. Depincé, *Action de groupe : JCl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 15, 2018. – M. de Fontmichel, *Arbitrage et actions de groupe – les leçons nord-américaines : Rev. arb.* 2008, p. 641.

[1302]L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice au XXIe siècle (loi « J21 ») : L'action de groupe est désormais ouverte en matière de santé (déjà prévue par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 et le décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016), d'environnement, de discrimination et de protection des données à caractère personnel.

[1303]S. Guinchard (ss dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2017-2018, n° 102-133.

[1304]Loi « J21 », art. 69.

[1305]Comp. D. Mainguy et Th. Clay, *Arbitrage et action de groupe : JCP* G 2015, 573. – D. Mainguy, *Vers des arbitrages de groupe en droit français ?*, in *Mél. Cl. Lucas de Leyssac*, LexisNexis, 2018, p. 339.

[1306]S. Guinchard (ss dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 10e éd., 2021, n° 212.221.

personne de participer à une action de groupe » et empêchant une renonciation anticipée à une action de groupe.

329. – Quel mécanisme à envisager pour l'arbitrage collectif ? L'action de groupe de type légal étant admise dans des cas spécifiques, il n'est pas évident de considérer qu'un arbitrage de groupe serait possible, pour ce même type de litige et, *a fortiori*, pour toute sorte de litiges. Dans le cas où un tel mécanisme serait envisageable, la question du choix entre *opt-in* et *opt-out* se poserait : faudrait-il exiger de toute personne intéressée à joindre l'action de groupe de formuler une déclaration « arbitrale » explicite à cet effet ou considérer que son silence vaut adhésion comme pourrait le laisser penser l'article 2061 du Code civil ? Le mécanisme d'*opt-in* paraît préférable eu égard à l'intention du législateur français[1307], la nature consensuelle de l'arbitrage et le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur »[1308]. Ensuite, une deuxième question se poserait : identifier les personnes qui seraient habilitées à représenter la classe « arbitrale ». Eu égard au droit positif français, l'action de groupe devrait être intentée devant le tribunal arbitral par des associations agréées[1309] plutôt que par toute personne intéressée. Même à le considérer envisageable, l'arbitrage collectif « à la française » serait un mécanisme bien différent du modèle américain ; en revanche, hors du contexte français, en matière internationale par exemple, la question pourrait prendre une tout autre ampleur.

B. – Le droit du travail

330. – Nullité de principe en droit interne ? En droit du travail, le lien de subordination qui caractérise le contrat du travail a conduit le législateur à prévoir des règles protectrices des salariés. L'arbitrabilité dans ce domaine pose problème précisément en raison d'un ordre public social qui se soucie de la protection du salarié, maître mot qui inspire la législation en la matière[1310]. Étant subordonné à son employeur, le législateur aura voulu interdire au salarié de conclure une clause compromissoire tant qu'il est lié à son employeur, en raison du déséquilibre des forces.

Le principe dans la matière est la nullité de la clause compromissoire insérée dans les contrats de travail. En effet, en vertu de l'article L. 511-1, alinéa 6 du Code du travail, les conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître des litiges individuels nés d'un contrat de travail, toute convention dérogatoire étant réputée non écrite. Une différence doit toutefois être faite entre la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage.

331. – Distinction clause compromissoire *versus* compromis. La clause compromissoire a longtemps et généralement été considérée en doctrine comme nulle. Depuis la réécriture de l'alinéa 6 de l'article L. 511-1 du Code du travail cependant[1311],

---

[1307] Le mécanisme de l'*opt-in* est adopté par le législateur en ce qui concerne l'action collective en droit de la consommation (C. consom., art. L. 623-8 et L. 623-9) et l'action de groupe issue de la loi « J21 » (loi « J21 », art. 69).

[1308] M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013, n° 606.

[1309] C. consom., art. L. 623-1 et loi « J21 », art. 63.

[1310] J.-M. Oliver, *Arbitrage et droit du travail : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 104.

[1311] C. trav., ancien art. L. 511-1 résultant de la loi du 18 janvier 1979 : « Les conseils de prud'hommes sont

ce texte n'offre pas un fondement indiscutable. Jusqu'à la loi du 15 mai 2001, « le seul fondement législatif incontestable de la nullité de la clause compromissoire dans les contrats de travail était la prohibition générale édictée par l'article 2061 du Code civil, puisque ce contrat pour le salarié n'était évidemment pas un acte de commerce »[1312]. Depuis 2001, l'article 2061 du Code civil prévoit la validité de la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, ce qui est le cas dans le cadre de la conclusion d'un contrat de travail tant du côté du salarié que du côté de l'employeur. En réalité, sa rédaction issue de la réforme de 2016, qui réserve le cas de l'inopposabilité à un consommateur, semble directement issue de la jurisprudence du tournant du siècle relative à un autre type de partie faible : le salarié.

332. – Validité du compromis d'arbitrage. Le compromis d'arbitrage est valable en vertu de l'article 2059 du Code civil lorsqu'il intervient après la rupture du contrat de travail, les parties « étant devenues libres et capables de compromettre »[1313]. En effet, en droit du travail, « la disponibilité du droit dépend d'un élément temporel »[1314], et le droit de recourir à l'arbitrage devient disponible une fois que le contrat de travail a pris fin, le souci de protection du salarié n'ayant plus de raison d'être, celui-ci n'étant plus lié à l'employeur par une relation de subordination.

333. – Relations individuelles et collectives de travail. Une différence doit cependant être faite entre les relations individuelles de travail et les accords collectifs applicables aux entreprises. Dans une affaire récente[1315], la question s'est posée de savoir si, lorsqu'une charte d'entreprise est applicable aux salariés et que celle-ci prévoit une clause compromissoire, le recours à l'arbitre est permis alors que le droit du travail l'interdit *a priori* pour les salariés. Le problème surgit du fait de la confrontation directe entre les règles du droit du travail et les règles de l'arbitrage, instaurées par une norme privée, en l'occurrence une charte associative d'une entreprise. Dans cette affaire, les juges, réalisant un dépeçage et considérant que pour les stipulations concernées la charte constituait un avenant au contrat de travail, ont retenu l'inopposabilité de la clause compromissoire aux salariés. La clause n'a pas été annulée en raison de sa licéité en cas de litiges relatifs aux autres dispositions de la charte. Une partie de la doctrine considère possible d'analyser cette solution comme annonçant une nouvelle position jurisprudentielle qui consisterait à autoriser l'introduction d'une clause compromissoire dans le contrat de travail[1316]. Ainsi, ce serait un alignement avec le régime des clauses compromissoires en matière internationale : le contrat de travail international peut valablement prévoir une telle clause qui reste inopposable au salarié tant que ce dernier ne l'a pas acceptée.

---

compétents en premier ressort quel que soit le chiffre de la demande. Toute convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite ». De l'autorisation du compromis d'arbitrage, on pouvait *a contrario* en déduire la prohibition de la clause compromissoire.

[1312] Ph. Fouchard, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 : Rev. arb.* 2001, p. 415.

[1313] Cass. soc., 5 nov. 1984 : *Rev. arb.* 1986, p. 47, note M.-A. Moreau-Bourlès ; v. toutefois : Versailles, 9 mars 2021, n° 19/05333, *Gan Yael* : *Dalloz Actualité* 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques

[1314] J.-M. Oliver, préc., p. 57.

[1315] Cass. soc., 30 nov. 2011, *Deloitte* : *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucardon-Nardetto ; *Procédures* 2012, comm. 42, obs. L. Weiller ; *JCP* G 2012, 843, obs. C. Seraglini ; *D.* 2012, p. 2991, obs. Th. Clay, spéc. p. 2997 ; *RTD com.* 2012, p. 351, obs. A. Constantin ; *RTD com.* 2012, p. 528, obs. E. Loquin.

[1316] F. Laronze, *Arbitrage et contrat de travail : de la qualification de la norme privée au respect des normes étatiques : Rev. Lamy dr. aff.* févr. 2012, n° 68, citant Th. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ? : Dr. soc.* 2010, p. 93.

334. – L'inopposabilité de principe en droit international du travail. Alors que dans un contrat international les clauses compromissoires sont généralement pleinement efficaces, dans la mesure où elles ne sont pas soumises aux restrictions du droit interne, la chambre sociale a toujours refusé dans la matière d'écarter l'article L. 511-1 du Code du travail. Ainsi, dès lors que la loi française était applicable, la juridiction sociale annulait les clauses compromissoires insérées dans un contrat de travail[1317], contrairement à la première chambre civile[1318]. Un rapprochement semble avoir été fait depuis 2011, où la juridiction sociale a retenu comme sanction l'inopposabilité de la clause, celle-ci déployant ses effets lorsque le salarié l'acceptait[1319].

335. – Arbitrabilité et droit du travail en droit comparé. La tradition des pays de *common law* veut que la pratique de l'arbitrage en droit du travail y soit relativement développée. C'est notamment le cas pour le droit canadien et le droit anglais, qui reconnaissent la validité des clauses compromissoires insérées dans les contrats de travail. C'est également le cas pour quelques pays civilistes, comme par exemple les droits néerlandais ou suédois[1320].

Depuis un arrêt de 2001[1321] de la Cour suprême des États-Unis validant les clauses d'arbitrage dans les contrats de travail, l'arbitrage est un mode très utilisé pour régler les conflits sociaux. S'agissant de la confidentialité, les parties peuvent révéler les informations de la procédure arbitrale lorsqu'il n'y a pas d'accord en sens contraire. Cependant, et sauf accord des parties, de nombreux contrats et plusieurs règlements[1322] exigent cette confidentialité ; d'autres se limitent à déclarer les audiences confidentielles ou à exiger des arbitres qu'ils se plient à cette obligation. Il n'en va pas de même lorsque l'une des parties est un représentant de l'État[1323], tout accord contraire entre les parties étant prohibé[1324]. En ce qui concerne le droit californien, les employeurs peuvent encore aujourd'hui exiger des salariés qu'ils acceptent un contrat prévoyant une clause compromissoire et faire de cette acceptation une condition d'embauche, sous réserve de conditions que les employeurs doivent satisfaire pour la validité de l'accord[1325].

336. – Les arbitrages atypiques en droit du travail, journalistes, avocats salariés. Quelques cas particuliers méritent ici examen. Même si en matière de conflits collectifs du travail les procédures d'arbitrage ne sont pas à l'ordre du jour, deux différences méritent d'être remarquées par rapport au droit commun. D'une part, la loi

---

[1317]Cass. soc., 12 févr. 1985 : *Rev. arb.* 1986, p. 47, 2e esp., note M.-A. Moreau-Bourlès.

[1318]Ch. Jarrosson, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique : RJ com.* 1996, qui souligne « une discorde entre la première chambre civile et la chambre sociale ».

[1319]Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-40.643 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 78 ; *JurisData* n° 1999-000660. – Cass. soc., 9 oct. 2001 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 308. – Cass. soc., 28 juin 2005 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 215. – Cass. soc., 12 mars 2008, n° 01-44.654 : *JurisData* n° 2008-043200 : « il résulte de l'article L. 1411-4 du Code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale » ; V. aussi : Cass. soc., 30 nov. 2011, préc.

[1320]Th. Clay, *L'arbitrage, justice du travail*, in M. Keller (ss dir.), *Procès du travail. Travail du procès*, LGDJ, t. 16, 2008, p. 102.

[1321]*Circuit City Stores Inc.* v. *Adams*, 532 US 105 ; 121 S. Ct. 1302, p. 1306 ; 149 L. Ed. 2d 234, p. 243 (2001).

[1322]Par ex., le *AAA Employment Rule 23*.

[1323]Cf. *AAA Employment Arbitration Against Local School Board Opened to Public Pursuant to Georgia State Open Meetings Act*.

[1324]C'est en effet le *Open Meeting Act* qui interdit tout accord des parties par le biais duquel elles décideraient de ne pas conférer un caractère confidentiel à la procédure.

[1325]Ces exigences sont recensées au sein de la décision *Armendariz* v. *Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal.4th 83 (2000).

n'autorise pas les parties de charger l'arbitre de statuer en amiable compositeur[1326]. D'autre part, les sentences arbitrales rendues en la matière ne nécessitent pas une procédure d'*exequatur*, les sentences produisant les effets de convention et accords collectifs de travail.

Les arbitrages atypiques des litiges individuels du travail, arbitrages individuels, ne concernant que les journalistes professionnels et les avocats salariés sont également atypiques dès lors que l'aspect contractuel propre à l'arbitrage disparaît. Il s'agit en effet d'arbitrages forcés.

En ce qui concerne les journalistes professionnels, la compétence générale du conseil des prud'hommes est assortie d'une exception, une partie du contentieux étant confiée par la loi à une commission arbitrale[1327]. Toutefois, la compétence de cette dernière est limitée à la fixation de l'indemnisation de licenciement du journaliste. Cette compétence est non seulement exclusive, mais également obligatoire, l'arbitrage ayant dans la matière un caractère impératif.

Concernant les avocats salariés, les litiges nés à l'occasion du contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier[1328]. À nouveau, il s'agit ici d'un arbitrage forcé, avec la caractéristique supplémentaire que les parties ne choisissent pas l'arbitre, le bâtonnier étant désigné par la loi.

§ 3. – Les (in)arbitrabilités couvrant les matières économiques

A. – Le droit des sociétés

337. – Arbitrabilité des litiges de droit des sociétés. Les sociétés constituent sans doute le premier bataillon d'usagers de l'arbitrage[1329], loin devant les individus, même les hommes et femmes d'affaires, et les entités étatiques, notamment parce qu'elles sont établies justement pour agir dans le commerce, notamment international, qui est le principal objet de l'arbitrage. Mais une société peut aussi être, non un acteur, mais l'objet d'un litige, ce qui pose la question de l'arbitrabilité d'un litige sociétaire. Il en est ainsi par exemple lorsqu'un arbitre prononce la nullité d'une cession qui a eu lieu entre deux associés, posant la question de l'opposabilité par l'arbitre de la nullité aux autres associés non parties à l'arbitrage. Cette question prend davantage d'ampleur lorsque l'arbitre est confronté non pas à la nullité d'une cession, mais à la nullité de la société elle-même et donc de l'arbitrabilité de cette question ou encore, par exemple, sur le point de savoir s'il est possible de soumettre la validité d'une résolution d'une assemblée générale à un arbitre.

Longtemps, la forme de la société en cause était déterminante, notamment à la lumière de deux articles : d'une part, l'ancien article 631-2 du Code de commerce (devenu aujourd'hui l'article L. 721-3) qui détermine aujourd'hui la compétence du

---

[1326] C. trav., art. L. 525-4, al. 4.

[1327] R. Perrot, *Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé : Gaz. Pal.* 1996, 2, doctr. p. 1382, n[os] 1 à 3.

[1328] L. 31 déc. 1971, art. 7.

[1329] D. Cohen, *Présentation générale*, in *Arbitrage et société*, Colloque annuel du Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 nov. 2012 : *Rev. arb.* 2013, p. 605. – D. Cohen, *Arbitrage et société*, préf. B. Oppetit, LGDJ, 1993, spéc. n[os] 4 et s. ; 375 et s. et 484 et s. – Y. Reinhard, *Arbitrage et société : LPA* 15 mai 1996, n° 59, p. 10 et s.

tribunal de commerce et validait dans ce cadre la stipulation d'une clause compromissoire. D'autre part, l'article 2061 du Code civil qui ne validait jusqu'en 2001 la clause d'arbitrage qu'en matière commerciale, en faisant de la commercialité un critère essentiel, notamment en matière sociétaire. Il a ainsi longtemps existé une jurisprudence importante sur ce critère commercial, notamment s'agissant des cessions de droits sociaux, et plus spécifiquement en matière de cession de contrôle[1330], qui échappait à la nullité des cessions civiles (et excluait du champ de validité les sociétés civiles). Aujourd'hui, l'article L. 721-3 Code de commerce a perdu beaucoup de son intérêt, l'article 2061 du Code civil étant le fondement essentiel de la validité des clauses compromissoires. De même, la jurisprudence, favorable d'une manière générale au développement de l'arbitrage, a instauré un libéralisme de principe qui permet de valider les clauses d'arbitrage dans le domaine sociétaire. Aujourd'hui, la question de la validité de la clause dans un certain nombre de litiges statutaires ne dépend plus de la forme des sociétés, compte tenu de l'article 2061 du Code civil.

338. – Plan. La première question qui se pose tient à la validité de la clause selon l'acte sociétaire dans lequel elle est intégrée (1°), avec le cas particulier des cessions (2°). Viennent ensuite tous les autres types de litiges qui peuvent survenir dans la vie d'une société (3°), ainsi que les limites aux pouvoirs de l'arbitre. Les interrogations concernant la convention d'arbitrage elle-même, relatives à la compétence du signataire lorsqu'il intervient pour le compte d'une société et de l'opposabilité éventuelle de la clause à l'égard des non-signataires sont abordées dans une autre section[1331].

1° Validité de la clause compromissoire selon l'acte sociétaire dans lequel elle est insérée

339. – Validité selon l'acte sociétaire dans lequel la clause est insérée : critère du pacte social. L'insertion d'une clause d'arbitrage dans les statuts d'une société commerciale est depuis le siècle dernier un acte relativement banal[1332]. Cependant, il n'en a pas toujours été ainsi et la jurisprudence française ne s'est pas toujours montrée aussi libérale, les juridictions restreignant d'abord le champ d'application de la clause d'arbitrage aux seuls litiges ayant une incidence sur le « pacte social »[1333], en excluant notamment l'implication de la société elle-même dans les litiges entre associés[1334]. Ainsi, le litige devait mettre en cause l'existence ou l'application du pacte social[1335], et toute contestation trouvant son origine « en dehors du pacte social » ne pouvait entrer dans le champ de la clause compromissoire. Certes, la notion de « pacte social » semble être étendue de façon large dans la jurisprudence[1336], même si l'on retrouve des arrêts

---

[1330] V. sur ce point : D. Cohen, *Arbitrage et société*, préc., p. 75 et s. – O. Caprasse, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant, juill. 2002.

[1331] V. *infra*, n° 637 et s.

[1332] V. en ce sens : D. Cohen, *Arbitrage et société*, préc., n^os^ 46 et s. et 383.

[1333] Cette solution était implicite dans l'article 631, alinéa 2 du Code de commerce qui indiquait : « Les tribunaux de commerce connaîtront (…) des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce… ». Cette précision impliquait que le litige entre associés devait mettre en cause l'existence ou l'application du pacte social, c'est-à-dire des statuts et des documents ultérieurs.

[1334] Cass. com., 6 mars 1956 : *JCP* 1956, II, 9373. – Cass. com., 5 mars 1980 : *Rev. arb.* 1983, 59, note B. Moreau.

[1335] D. Cohen, *op. cit.*, p. 67.

[1336] CA Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 83, note P. Dupreye et Cl. Fouchard ; V. égal. CA Paris, 1re ch. suppl., 6 janv. 1984, *Sté Langlois et Cie* c/ *GIE Taconet et a. : Rev. arb.* 1985, p. 279, note E. Loquin, arrêt dans lequel la cour d'appel rejette un recours en annulation formé contre la décision des arbitres, saisis en application de la

parfois plus restrictifs[1337]. De plus, aujourd'hui, on peut considérer que l'insertion d'une clause arbitrale statutaire est valable, peu importe la forme de la société, même si elle est une coopérative[1338].

Il en va de même pour les groupements d'intérêt économique, où la jurisprudence avait rejeté un recours en annulation formé contre la décision des arbitres, saisis en application de la clause compromissoire contenue dans le pacte social[1339].

Cette conception large conduit à considérer que la validité d'une clause compromissoire statutaire ne se cantonne pas aux différends entre associés, mais s'étend aux contestations entre les associés et la société[1340]. C'est ainsi que les juges du fond ont pu étendre à la société un litige arbitral initialement cantonné entre associés, ayant considéré que la société devait nécessairement être considérée comme partie à l'arbitrage, dès lors que la société n'était pas qu'un *sujet* à la clause d'arbitrage mais faisait aussi *l'objet* de cette clause[1341]. Dans cette même ligne, l'arbitre sera également en mesure de connaître des litiges relatifs aux abus de majorité ou de minorité, s'agissant, également, de contestations entre associés et société.

340. – Clause compromissoire extrastatutaire. La compréhension de la notion de « pacte social » dépasse aussi les seuls statuts, puisqu'il peut englober d'autres sources sociétaires, telles que le règlement intérieur[1342], ou les différents accords entre associés, comme les pactes extrastatutaires. Cependant, la qualification de ce qui constitue ou non un accord extrastatutaire ne va pas toujours de soi. Tel était notamment le cas pour une charte associative : cette dernière ayant été considérée comme un avenant au contrat de travail des associés les liant à leur structure commune, la clause d'arbitrage qui y était stipulée a été jugé inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du Code du travail[1343]. Par ailleurs, la jurisprudence admet la validité d'une clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société coopérative, en adoptant une approche orientée sur la seule recherche de la volonté des parties.

Sont également valables les clauses d'arbitrage stipulées dans des pactes d'actionnaires[1344], très fréquents comme accessoires aux statuts de sociétés afin de

---

clause compromissoire contenue dans le contrat constitutif d'un groupement d'intérêt économique.

[1337]V. *infra*, n° 342.

[1338]Cass. 1re civ., 8 nov. 2005, *M. Tinner* c/ *Sté U Centrale Régionale Est : Rev. arb.* 2006, p. 709, note F.-X. Train. Sauf restriction particulière, tenant à la place occupée par la clause d'arbitrage statutaire et à sa rédaction, elle vise en principe toutes les contestations survenant entre associés, ou entre associés et société, qui ont une incidence sur le pacte social. L'auteur énonce que « la chambre commerciale a fait prévaloir la réalité complexe des relations internes de la coopérative, en admettant l'extension de la clause compromissoire au non-associé ; une "extension en interne" pour ainsi dire ».

[1339]CA Paris, 6 janv. 1984, *Sté Langlois et Cie* c/ *GIE Taconet et a.*, préc.

[1340]M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, 1990, p. 45.

[1341]CA Paris, 26 févr. 2013, préc. Dans cet arrêt, où une clause compromissoire était insérée dans les statuts de la société demanderesse et stipulait que « [t]ous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », les arbitres, saisis d'une requête par des associés de cette société qui demandaient la restitution de parts sociales dévolues à d'autres associés, la réintégration dans les comptes de sommes prélevées par ceux-ci, ainsi que la communication des documents comptables de la société, se sont déclarés compétents à l'égard de cette dernière quoiqu'elle ne soit pas signataire de ses propres statuts.

[1342]Cass. 1re civ., 22 oct. 2008 : *Rev. sociétés* 2009, p. 363, obs. B. Saintourens ; *RTD com.* 2009, p. 149, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP* E 2009, p. 1072, obs. J. Ortscheidt ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 360, obs. P. Le Cannu.

[1343]Cass. soc., 30 nov. 2011, arrêt n° 2512, nos 11-12.905 et 11-12.906 (jonction), *M. E. Serant et a.* c/ *S.A. Deloitte* ; V. *supra*, n° 333.

[1344]V. par ex. : Cass. 1re civ., 15 mai 2008 : *JurisData* n° 2008-043924 ; *JCP* G 2008, I, 222, § 1, obs. J. Béguin. – CA Lyon, 29 mai 2008, *Voisin* c/ *Sté MVRA France SA : JCP* G 2008, I, 222, § 1, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.*

permettre aux associés d'insérer des clauses plus flexibles, en dehors du cadre légal ou réglementaire plus rigide, et permettant un système de gouvernance plus proche de l'attente des associés et un contrôle de la répartition des pouvoirs ou de l'actionnariat, comme c'est le cas des clauses de préemption, d'agrément ou de préférence en cas de cessions des titres.

De plus, la jurisprudence admet également la validité d'une clause compromissoire conclue antérieurement au transfert de siège social d'une société d'un pays à l'autre. En effet l'adaptation de la forme juridique d'une société au droit du pays d'accueil consécutive au transfert international du siège social est régie par la loi de ce pays d'accueil et non par celui du pays d'origine, à l'exception d'une disposition particulière de la loi du pays d'origine[1345].

341. – Droit comparé. Si l'insertion d'une clause compromissoire dans les statuts est admise en droit français, certains droits étrangers ont également adopté une politique libérale dans ce domaine. Les pays voisins tels que la Belgique[1346], l'Italie[1347], admettent l'efficacité de la clause compromissoire dans des statuts, tandis que le droit suisse s'est aligné sur cette conception très récemment[1348]. En droit anglais, un actionnaire rejoignant une société en cours de vie sociale sera tenu par la clause compromissoire qui figure déjà dans les statuts, mais à l'inverse un actionnaire qui voterait contre l'insertion d'une telle clause dans les statuts ne serait pas tenu par la clause.

2° Cas particulier des cessions de droits sociaux

342. – Validité de principe. S'agissant de la cession de titres (parts sociales ou actions), depuis la réforme de 2001 (supprimant la nullité de la clause arbitrale en matière civile), il n'est plus besoin de recourir à la qualification commerciale de l'opération afin de valider une clause compromissoire insérée dans l'acte sous-jacent, le seul critère de l'activité professionnelle étant aujourd'hui nécessaire, *a fortiori* depuis la réforme de 2016, sachant que la question de savoir si un investisseur profane et isolé qui fait l'acquisition d'actions d'une société cotée pourrait être considéré comme un consommateur protégé au sein de l'article 2061 du Code civil reste posée.

2009, p. 229. V. égal. R. Ziadé et L.-M. Morin, *L'actionnaire dans l'arbitrage : Revue Droit & Affaires* 2020, p. 72.

[1345] CA Paris, 20 déc. 2018, n° 16/25484 : *JDI* juill. 2019, spéc. p. 18, note S. Bollé.

[1346] V. Mons, 30 juin 1997 : *RDC* 1999, p. 28, note F. Lefevre. – Bruxelles, 27 avr. 1999 : *RDC* 2000, p. 619 : *TRV* 1999, p. 525 et note D. Van Gerve, où il a été admis que les décisions d'exclusion d'un associé par l'assemblée générale (au terme de la procédure de l'article 370 du Code des sociétés belge) n'interdisent en rien un tribunal arbitral d'évaluer la validité d'une telle exclusion sur la base d'une clause compromissoire contenue dans les statuts de la société.

[1347] L'article 34 *du Decreto legislativo n° 5, 17 gennaio 2003. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge n° 366, 3 ottobre 2001*, modifié par le décret n° 37 du 6 février 2004 : en Italie, la loi de 2003 permet à toutes les sociétés, sauf celles cotées en bourse, de recourir à l'arbitrage dans leurs statuts pour les litiges entre les associés ou entre les associés et la société, ayant pour objet les droits laissés à la libre disposition des parties dans leurs relations avec la société ; V. aussi : Sentenza note 649/2020, publiée le 9 juillet 2020, RG note 685/2017, où pour la première fois, la jurisprudence italienne a consacré la validité d'une clause d'arbitrage statutaire avec siège à l'étranger.

[1348] Conformément au nouvel article 697 du Code suisse des obligations, les statuts d'une société « peuvent prévoir que les litiges relevant du droit des sociétés seront tranchés par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse ». En conséquence, le nouvel article 358, alinéa 2 du Code de procédure civile et 178, alinéa 4 LDAI prévoient que les règles d'arbitrage national et international s'appliquent également aux clauses d'arbitrage contenues dans les statuts de la société. V. not. A.-V. Schlaepfer et A. Mazuranic, *Switzerland to introduce legal basis for arbitration clauses in articles of incorporation : Global Arbitration News* 31 août 2020.

La clause d'arbitrage insérée dans les statuts peut s'appliquer directement à la cession de droits sociaux. Même si les parties ne sont pas nécessairement toutes associées au moment de la cession, l'applicabilité de la clause se justifie par le fait que la société ou les autres associés sont intéressés. Il en va ainsi dans le cas d'un agrément légal ou d'une clause d'agrément ou de préemption statutaire[1349]. La cour d'appel de Paris a pourtant récemment décidé qu'un litige entre associés d'une société concernant une cession de parts échappe à la clause d'arbitrage prévue par les statuts qui vise les contestations « relatives aux affaires sociales ». Pour la cour d'appel, les litiges relatifs aux cessions de droits sociaux entre associés étaient exclus du champ d'application de la clause arbitrale statutaire[1350].

Très souvent, la clause d'arbitrage ne vise pas que la seule cession, mais aussi la garantie de passif, dans le corps duquel elle est d'ailleurs souvent insérée, négociée au profit du cessionnaire (*garanties de passif stricto sensu*, qui supposent un versement à la société cédée, parfois au-delà du prix de cession, ou des *garanties de valeur*, lesquelles supposent l'indemnisation de l'acquéreur des titres et qui est plafonnée au montant du prix payé)[1351]. Ainsi, en raison de la nature technique des litiges, les avantages de la procédure arbitrale, sa souplesse, et le besoin de discrétion pour des matières à forte incidence fiscale, l'arbitrage peut être considéré comme d'usage en matière de garanties de cession de droits sociaux[1352].

De manière plus générale, l'arbitrage est aujourd'hui considéré comme un mode de résolution des litiges privilégié dans le domaine des fusions et acquisitions, et ce peu important qu'il découle de litiges antérieurs ou postérieurs à l'opération de fusion-acquisition[1353]. En général, les litiges provenant d'une fusion-acquisition concernent des questions relatives à l'ajustement des prix, à de fausses déclarations et à la violation des garanties, ou encore l'omission précontractuelle de divulguer des informations pertinentes[1354].

[1349]D. Cohen, *L'arbitrage et les cessions de droits sociaux : Gaz. Pal.* 20 mai 2010, n° 140, p. 87 : notamment, les parties ne sont pas nécessairement toutes associées au moment de la cession, mais l'applicabilité de la clause se justifie par le fait que la société ou les autres associés sont intéressés. D. Cohen énonce qu'« ainsi dans le cas d'un agrément légal ou encore d'une clause d'agrément ou de préemption statutaire, soumettant ainsi la cession, quel que soit son contenu, à la clause d'arbitrage des statuts en cas de litiges relatifs à ces dispositions ».

[1350]CA Paris, 2 juill. 2020, n° 19/21120, *Sté Closaf* c/ *R*, cité in *Une clause statutaire d'arbitrage jugée inapplicable à un litige concernant une cession de parts : EFL Actualités* 15 sept. 2020 ; *Dr. soc.* oct. 2020, n° 10, comm. 115, note R. Mortier ; cet arrêt s'inscrit dans la ligne d'un arrêt précédent qui avait jugé qu'une clause d'arbitrage statutaire visant uniquement les litiges relatifs aux affaires sociales était inapplicable aux contrats conclus entre des actionnaires et des tiers (Cass. 1re civ., 19 déc. 2012, n° 11-27.199).

[1351]A. Viandier, *Arbitrage et garanties de passif : Rev. arb.* 1994, p. 439.

[1352]V. *supra*, n° 293 ; V. égal. G. Notté, *Les clauses dites « de garantie de passif, dans les cessions de droits sociaux » : JCP* G 1985, p. 3193. – J.-J. Caussain et A. Viandier, *Garantie légale ou garantie contractuelle, garantie de passif ou garantie de valeur ? : DPCI* 1992, n° 1, p. 43 et s. – P. Mousseron, *Les garanties dans les cessions de droits sociaux*, préf. M. Jeantin, La Gazette du Palais, 1992.

[1353]B. D. Ehele, *Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions : The Comparative Law Yearbook of International Business*, vol. 27, 2005, p. 288.

[1354]A.-V. Schlaepfer et A. Mazuranic, *Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements : GAR* 31 janv. 2020. Ainsi, il est conseillé d'éviter le mécanisme pré-arbitral obligatoire, et il serait préférable de permettre l'arbitrage en parallèle de ces procédures. V. égal. F. Fucci, *Arbitration in M&A Transactions, Law of Delaware and New York : Dispute Resolution Journal* 2016, p. 1, spéc. p. 3 qui énonce que ces clauses sont souvent négociées, à tort, à la dernière minute ; V. B. D. Ehle, *Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism Mergers and Acquisition*, préc., p. 288.

3° Les autres types de litiges sociétaires

343. – À la vie, à la mort sociétale. En cours de vie sociale, sont aussi considérées comme valables les clauses compromissoires insérées dans des protocoles d'accord[1355] et des conventions de vote. En fin de vie de la société, l'arbitrage en matière de dissolution et liquidation des sociétés est également admis. En effet, la Cour de cassation[1356] et la cour d'appel de Paris[1357] rejettent la compétence exclusive des tribunaux de commerce en matière de dissolution des sociétés et déclarent la clause d'arbitrage insérée dans les statuts non manifestement inapplicable à ces questions. Cette arbitrabilité sociétaire est aussi bien reconnue en matière interne qu'en matière internationale[1358]. Il a même été considéré qu'une société, anciennement dissoute et rétablie pour les besoins d'un arbitrage, pouvait valablement agir pour les besoins de sa liquidation[1359]. Cependant, si les arbitres ont la faculté de prononcer la dissolution d'une société, ils ne peuvent pas pour autant se livrer eux-mêmes aux opérations de dissolution[1360]. Quant au prononcé de la nullité de la société, la jurisprudence a pu juger que l'action en nullité d'une société peut être portée devant un tribunal arbitral « dès lors qu'il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation »[1361]. Il s'agirait là d'un nouveau recul de l'inarbitrabilité, la nullité des sociétés étant jusqu'à présent la limite infranchissable de l'arbitrage sociétaire[1362]. En effet, des auteurs ont pu soutenir que la nullité des sociétés serait une matière exclue par nature de l'arbitrage au motif que l'intérêt des tiers serait en jeu[1363].

344. – Décisions de la collectivité des associés. Sont également considérés comme arbitrables les actions en remboursement de comptes courants d'associés, les litiges relatifs aux apports, comptes sociaux, partage de résultats, transformations, nullités de délibérations sociales, toutes ces hypothèses pouvant être caractérisées comme étant des « contestations relatives » à la société[1364]. Les décisions prises par les actionnaires en assemblée générale peuvent également faire l'objet d'une annulation dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il est établi qu'elle est le résultat d'un abus de majorité. L'arbitrabilité de ce type de litiges est une solution cohérente, ces derniers étant au cœur de « l'aspect contractuel » du droit des sociétés, la question étant en effet de déterminer la validité de l'expression de la volonté des actionnaires. Il en est de même de la validité des décisions des organes de gestion[1365] ou encore des litiges concernant les droits fondamentaux de l'associé, les arbitres étant compétents pour

---

[1355]Cass. 1re civ., 27 févr. 2013, n° 12-16.328 : *D.* 2013, p. 2937, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2015, spéc. p. 813, note D. Cohen ; cité *in La remise en cause par un nouvel acte d'une exonération partielle de droits doit être réparée : Defrénois flash* 2 avr. 2013.

[1356]Cass. 1re civ., 27 févr. 2013, préc.

[1357]CA Paris, 20 janv. 2015, *Sté Coralsa Corporation Alimentaria SA* c/ *Sté Ingelco : Rev. arb.* 2015, p. 804. – CA Paris, 7 avr. 2015, *Sté congolaise Wireless Networks Sprl* c/ *Sté Vodacom international Ltd : Rev. arb.* 2015, p. 804 ; cité égal. *in Gaz. Pal.* 20 juin 2015, p. 19.

[1358]CA Paris, 26 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2014, p. 83, note P. Dupreye et C. Fouchard.

[1359]CA Paris, 26 févr. 2013, préc.

[1360]D. Cohen, note ss Cass. 1re civ., 27 févr. 2013 : *Rev. arb.* 2015, spéc. p. 813. – CA Paris, 20 janv. 2015 et CA Paris, 7 avr. 2015, *in Rev. arb.* 2015, p. 797.

[1361]Cass. com., 9 avr. 2002, *Toulousy* c/ *SNC Philam* ; E. Loquin : *RTD com.* 2003, p. 62, obs. E. Loquin.

[1362]D. Cohen, note ss Cass. 1re civ., 27 févr. 2013, préc., p. 142, n° 292.

[1363]V. en ce sens : J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage – Droit interne, droit international privé*, préc., n° 39.

[1364]O. Caprasse, *Les décisions sociales : Rev. arb.* 2013, p. 673, spéc. p. 686.

[1365]O. Caprasse, *Les décisions sociales*, *op. cit.*

statuer sur le droit de demeurer associé, de participer aux délibérations, l'égalité des associés ou une exclusion d'associé.

345. – Litiges impliquant les dirigeants. L'action en responsabilité de la société visant son dirigeant entre au nombre des actions dont peuvent connaître les tribunaux de commerce en vertu de l'article L. 721-3 du Code de commerce et donc potentiellement les arbitres. Par deux arrêts concomitants, la cour d'appel de Paris[1366] a pu également reconnaître l'arbitrabilité de l'action en responsabilité de la société même lorsque *l'action est exercée par les associés*, c'est-à-dire exercée *ut singuli*, à condition toutefois que la clause compromissoire envisage cette possibilité. Le dirigeant peut être également impliqué, même en dehors de sa qualité d'associé, dans le champ de la clause statutaire[1367]. En revanche, comme le juge étatique, l'arbitre ne pourra pas se substituer aux organes sociaux. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à la révocation d'un dirigeant, il peut estimer qu'il n'aurait pas dû être révoqué et lui allouer une indemnisation, mais il ne pourra pas le réintégrer dans ses fonctions, la mission de l'arbitre étant de trancher un litige, non de se substituer aux organes de la société[1368].

B. – Le droit bancaire et financier

346. – L'évolution de l'utilisation de l'arbitrage dans les secteurs bancaires et financiers. Historiquement, les banques et les institutions financières ont toujours été présentées comme réticentes à recourir à l'arbitrage, préférant résoudre leurs litiges devant les juridictions nationales des grands centres financiers tels que Londres, New York et Hong Kong[1369]. Les procédures en référé et d'appel, ainsi que la possibilité de s'appuyer sur une jurisprudence bien établie[1370], notamment en matière de sûretés (garanties et cautionnements) figurent parmi les raisons invoquées par les acteurs financiers, même si la place de l'arbitrage dans les litiges impliquant les établissements financiers est en pleine croissance[1371]. De nouvelles offres d'arbitrage ont également été conçues pour répondre aux besoins spécifiques des parties impliquées dans ce secteur[1372], telles que la procédure proposée par le Haut Comité juridique de la place financière de Paris (HCJP)[1373].

[1366]CA Paris, 7 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 528. – CA Paris, 7 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2015, p. 536.

[1367]Cass. 1re civ., 20 sept. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1078. – Cass. 1re civ., 20 sept. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1078. – Cass. 1re civ., 22 oct. 2008 : *Rev. sociétés* 2009, p. 363, obs. B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 2009, p. 618, obs. J. El Ahdab ; *RTD com.* 2009, p. 149, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP* E 2009, p. 1072, obs. J. Ortscheidt ; *Bull. Joly Sociétés* 2008. n° 360, p. 70, obs. P. Le Cannu.

[1368]T. com. Paris, 1er août 1974 : *Rev. sociétés* 1974, p. 685, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1975, p. 130, note R. Houin.

[1369]82 % des sondés ont indiqué que les tribunaux judiciaires étaient leur premier choix pour les différends dans le secteur des services financiers, comparée à 23 % pour l'arbitrage (Queen Mary and PwC, 2013, International Arbitration Survey, *Corporate choices in International Arbitration : industry perspectives*, p. 7).

[1370]I. Han, *Rethinking the Use of Arbitration Clauses by Financial Institutions : Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, vol. 34, Issue 2, p. 207, spéc. p. 212.

[1371]Les litiges dans le secteur financier et bancaire représentent un pourcentage croissant du nombre d'affaires des institutions arbitrales : au sein de la LCIA, 11,5 % en 2010 à 29 % de cas en 2018 (V. LCIA, *Director Report 2010*, 2010, p. 2 et London Court of International Arbitration, *Annual Casework Report*, 2018, p. 5) et 11,9 % en 2018 au HKIAC (Hong Kong International Arbitration Center, *2018 Statistics*).

[1372]Par ex., l'Université de Cologne (Allemagne) et l'Institut de droit bancaire et le Centre de droit transnational (CENTRAL) viennent d'achever un projet de recherche commun axé sur les avantages potentiels de l'arbitrage pour le secteur bancaire et financier international. Le projet a donné naissance à un site web : www.arbitrationinfinance.com.

[1373]HCJP, *Rapport arbitrage en matière bancaire et financière*, 31 janv. 2020 (www.banque-

347. – Myriade de secteurs. Le droit financier peut se définir comme « l'ensemble des normes juridiques propres aux activités financières », « en évolution permanente » et « possède un caractère largement transnational »[1374]. Ainsi, les différends dans les secteurs bancaire et financier sont liés aux activités de nombreux acteurs, les établissements de crédit et les fonds (d'actions, d'investissements ou fonds souverains), y compris les institutions de financement du développement[1375], les assureurs, les organismes de crédit à l'exportation et l'assurance-crédit[1376]. La jurisprudence française récente semble d'ailleurs indiquer un plus grand appétit des banques vis-à-vis du recours à l'arbitrage[1377]. Ces différends peuvent concerner une myriade d'instruments ou opérations spécialisés, constamment en ébullition ou renouveau, au gré des crises financières : les prêts, y compris les crédits à la consommation, ainsi que les sûretés (garanties et cautionnements)[1378] qui y sont relatives ; les obligations[1379], les produits dérivés[1380], les questions de conseil notamment patrimonial ou sur les marchés

---

france.fr/sites/default/files/rapport_29_f.pdf). Ce rapport propose une procédure d'arbitrage adaptée aux matières bancaires et financières, par exemple lorsqu'une décision rapide est nécessaire ; V. à titre d'exemple la décision d'urgence rendue dans ce domaine sous l'égide du centre de Stockholm : Sent. SCC Case n° 2019/113, 28 août 2019, *Vnesheconombank* v. *Ukraine*. Il faut également signaler que la place financière (parisienne et européenne) avait déjà connu, en 2000, l'émergence d'un centre spécialisé, EuroArbitrage, qui n'a finalement pas fait long feu (V. Th. Clay et F. Fages, *L'arbitrage en matière financière : LPA* 2002, n° 64, p. 4. – L. Jaeger, *Le Centre européen de règlement des différends financiers [EuroArbitrage] : RD aff. int.* 2002, p. 37).

[1374]P.-H. Cassou, *Le droit financier, un droit adapté à la vie financière : Rev. éco. fin.* 1993, p. 9 ; V. aussi : Th. Bonneau, A.-C. Rouaud et *al.*, *Droit financier*, LGDJ, 2e éd., 2019, nos 5 et s.

[1375]Par ex., la Banque africaine de développement (BAD) et l'Agence française de développement (AFD). Ces agences de financement publiques utilisent souvent des clauses d'arbitrage dans leur contrat de prêt pour soutenir de grands projets d'infrastructures internationaux ; pour une illustration récente, V. A. Savana, *Justice : Georges Ouégnin se fait payer 2,3 milliards FCFA par la BAD : Financial Afrik* 31 mai 2019. – V. M. Davies, *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance : Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea : JIA* 2015, Kluwer Law International, p. 144.

[1376]Par ex. : Euler Hermes et Coface.

[1377]V. CA Paris, 17 déc. 2019, n° 17/23073, *GLF et al.* c/ *BNP et al. : Rev. arb.* 2019, p. 1209, concernant un différend relatif à la fixation, par un collège de banques expert, du prix de la cession d'une participation dans un établissement de crédit à la consommation.

[1378]B. Leurent, *Garanties bancaires et arbitrage : RDAI/IBLJ* 1990, p. 401. – B. Chambreuil, *Arbitrage international et garanties bancaires : Rev. arb.* 1991, p. 33 ; V. infra, nos 630, 631.

[1379]V. Sent. CIRDI, ARB/07/S, 4 août 2011, *Abaclat et al.* c/ *Argentine* (disponible sur Italaw : www.italaw.com/cases/35) où le tribunal arbitral a retenu sa compétence à l'égard d'environ 180 000 obligataires demandeurs, suite au défaut de l'État émetteur ; pour l'arbitrage d'investissement dans le secteur financier, V. *infra*, n° 351.

[1380]L'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) est une organisation commerciale regroupant les participants au marché des produits dérivés de gré à gré. Cette association a publié en septembre 2018 un *Arbitration Guide* incluant de nombreux modèles de clauses d'arbitrage. V. égal. PRIME Finance, qui a été créée afin d'offrir une solution d'arbitrage spécialisée pour les litiges financiers : le règlement d'arbitrage de PRIME Finance a été rédigé en conséquence, sur la base du règlement CNUDCI (administré par la Cour permanente d'arbitrage de La Haye), mais adapté aux litiges financiers ; V. égal. J. Golden et C. Lamm, *International Financial Disputes – Arbitration and Mediation*, Oxford University Press, 2015.

financiers[1381], la gestion et le financement d'actifs[1382], les liens interbancaires[1383], le financement de projets[1384] ou en matière de commerce international[1385], la finance islamique[1386], *etc.* Avec la dématérialisation du secteur, surtout depuis les années 1990, les différends liés à la technologie financière (*FinTech*) sont également en nette hausse, comme en matière de transactions mobiles sécurisées[1387], très usitées en Afrique ou de la *blockchain*[1388], ceci sans même évoquer les dimensions qui se prêtent plus particulièrement à l'arbitrage, comme l'assurance et, nouveau venu, le financement du contentieux par un tiers[1389].

348. – Arbitrabilité de principe. De nombreux systèmes juridiques développés dans le domaine arbitral, y compris le droit français, ont aujourd'hui libéralisé leurs lois de telle sorte qu'il n'y a plus d'obstacle véritable à soumettre des litiges en matière financière et bancaire, qui sont très souvent de nature commerciale et contractuelle, au moins en ce qui concerne la relation entre les parties[1390]. Ce n'est toutefois pas sans poser encore certaines difficultés, même dans un cadre international dans lequel s'insèrent de nombreuses opérations financières, lorsque l'une des parties est considérée comme une partie faible, à savoir un consommateur ou investisseur non qualifié[1391]. Par ailleurs, certaines catégories de litiges financiers donnent lieu à des

---

[1381]V. la jurisprudence *Merill Lynch* de la cour d'appel de Paris : CA Paris, 2 avr. 2003 et 28 janv. 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 125, note X. Boucobza : dans ces arrêts, la cour d'appel a énoncé qu'une clause compromissoire figurant dans un contrat conclu entre un particulier, investisseur boursier, et un intermédiaire financier, concernant des placements n'est pas manifestement nulle, renvoyant au principe de compétence-compétence ; v. aussi CA Paris, 15e ch., sect. B, 19 oct. 2007, n° 06/20561 : *RJDA* 2/2008, n° 209, reconnaissant la validité de la clause compromissoire dans un contrat entre une personne physique de nationalité française qui souhaitait investir sur le marché de capitaux américain et une banque américaine qui était en position de conseiller financier. La jurisprudence « consumériste » a depuis fait l'objet d'un revirement (V. *supra*, n° 319).

[1382]J. Golden et C. Lamm, *International Financial Disputes – Arbitration and Mediation*, Oxford, mars 2015.

[1383]Par ex., les litiges impliquant plusieurs institutions financières.

[1384]Sur la question des activités de financement de projets, V. C. Dugué, *Dispute resolution in international project finance transactions : Fordham International Law Journal* 1998, p. 1064.

[1385]Par ex. : les parties peuvent prévoir un arbitrage dans le cadre d'une transaction, telle qu'une exportation, lorsqu'il est souhaitable que le financement pour cette transaction soit également soumis à l'arbitrage, notamment dans les cas où il a des substitutions par les prêteurs concernant les droits de l'emprunteur défaillant (Haut Comité juridique de la place financière de Paris, Rapport arbitrage en matière bancaire et financière, 31 janv. 2020, p. 3 (www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_29_f.pdf).

[1386]W. Ben Hamida, *La finance islamique internationale : quel rôle pour la CNUDCI*, 8 avr. 2013 (https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2015_num_67_4_20563) ; V. égal. G. Affaki (ss dir.), I. Fadlallah, D. Hascher, A. Pézard et F.-X. Train, *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 21 sept. 2009.

[1387]C. Sanderson, *SCC award upheld in fintech dispute : GAR* 12 juill. 2019 ; V. sent. SCC, *Accumulate AB* v. *Finansiell ID-Teknik BID*, janv. 2019, confirmée par la Cour d'appel de Suède le 10 juin 2019 (https://s3.eu-west-2.amazonaws.com/files.lbr.cloud/secure/gar/assets/articles/embedded_files/Svea-HR-T-4155-19-Dom-2019-06-10.pdf).

[1388]V. *infra*, n° 1246.

[1389]V. par ex. : *Portigon AG* v. *Kingdom of Spain*, CIRDI, n° ARB/17/15, où un tribunal CIRDI a confirmé la compétence d'un prêteur allemand dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie contre l'Espagne en concluant que le financement fourni par un tiers constituait un investissement protégé.

[1390]I. Bantekas, *Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 15 – Arbitrability in Finance and Banking, in* L. A. Mistelis et S. Brekoulakis (éds), *Arbitrability : International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, vol. 19, Kluwer Law International, 2009, p. 293-316 ; V. aussi le rapport de la Commission CCI, *Financial Institutions and International Arbitration*, 2016, n° 94 (https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf). – B. Fages, *Arbitrage en matière financière : nouvelles perspectives, Entretiens avec J. Rossi : Gaz. Pal.* 2002, p. 29.

[1391]L'article 2061 du Code civil et les articles L. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation peuvent entraîner l'inopposabilité de la clause compromissoire aux consommateurs investisseurs français ; V. Cass. 1re civ., 30 sept.

questions particulières d'arbitrabilité liées aux valeurs mobilières (actions, obligations…)[1392] ou *securities trading*, ou encore en matière de restructuration dans le cadre de procédures collectives[1393]. Lors d'un différend impliquant par exemple des valeurs mobilières, les demandes peuvent être fondées sur des violations de dispositions légales impliquant des aspects de droit public ou l'intérêt de parties tierces. Cependant, même si le différend implique une telle réglementation, les conséquences financières sont généralement, du moins en droit comparé[1394], considérées comme pouvant faire l'objet d'un arbitrage.

349. – L'interaction entre assurance (et la réassurance), finance et arbitrage. Aux termes de l'article L. 111-2 du Code des assurances, l'ensemble de ses dispositions est d'ordre public, puisque le droit des assurances est principalement axé sur la protection de l'assuré et la protection des tiers. S'agissant du contrat d'assurance lui-même, la compétence en cas de litige est définie par l'article R. 114-1. Le domaine de l'assurance est un domaine spécialisé, le plus souvent attaché au secteur financier (appelé « banque-assurance » dans le jargon), puisqu'il implique le paiement par l'assureur, parfois un établissement de crédit, d'un capital (ou d'une rente) garantissant un risque réalisé et pour lequel l'assuré s'est couvert *via* le paiement d'une police[1395]. Il est aujourd'hui en pleine évolution, avec un nombre croissant de risques et sinistres émergents (en rapport avec le changement climatique, la pollution, la cybersécurité, l'intelligence artificielle, les bouleversements politiques, le terrorisme, les pandémies…). Les différends dans ce domaine impliquent de nombreux contrats (agence, courtage, coassurance, réassurance…), tous susceptibles de comporter valablement, sous réserve de la réglementation du droit de la consommation, une clause compromissoire[1396], et peuvent prendre de nombreuses formes telles que les litiges entre l'assureur et l'assuré concernant la couverture d'assurance, entre assureurs et en matière de réassurance[1397]. Alors qu'il est encore rare de trouver une clause compromissoire dans un contrat d'assurance[1398], une telle clause fait généralement partie d'un traité de réassurance entre la société qui « achète » la police de réassurance (la « cédante ») et la société émettrice (le « réassureur »). Les matières relatives à l'assurance et la réassurance peuvent aussi se chevaucher avec le secteur bancaire où les établissements de crédit proposent aussi des produits d'assurances et parce que la

---

2020 : *D.* 2020, p. 1949 ; *Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès (V. *supra*, n° 304.

[1392]Les titres qui sont négociables sur le marché des capitaux, à l'exception des instruments de paiement, tels que : les actions de sociétés et les obligations ou autres formes de dettes matérialisées par des titres ; V. Ph. Marini, *Arbitrage, médiation et marchés financiers : RJ com.* 2000, p. 162.

[1393]V. *infra*, n° 359.

[1394]V. en ce sens : Rapport CCI, *Financial Institutions and International Arbitration*, 2016, spéc. n° 94. De ce point de vue, et même si le droit français ne semble pas s'être encore penché sur la question, c'est sans doute le droit américain qui a le plus clairement exprimé ce principe ; V. en droit interne : *Shearson/Am. Express, Inc.* v. *McMahon*, 482 U.S. 220, 1987 ; *Rodriguez de Quijas* v. *Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 1989 ; et pour l'arbitrage international, V. : *Scherk* v. *Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974). La Cour suprême américaine a ainsi estimé qu'un refus par un juge d'appliquer une convention d'arbitrage international irait à l'encontre de la volonté des parties de préciser à l'avance le siège et le droit applicable en cas de différend, malgré l'application de la réglementation boursière relative aux valeurs mobilières.

[1395]M. Asselain, *Synthèse – Contrat d'assurance : JCl. Responsabilité civile et Assurances*, 20 mai 2020, n° 1.

[1396]Les statistiques de la CCI indiquent que, de 2014 à 2018 et en moyenne, près de 50 % des litiges impliquaient le secteur financier ou de l'assurance, tandis que 2 % impliquaient un contrat d'assurance à proprement parler.

[1397]Les grands acteurs dans le domaine de la réassurance comprennent Lloyd's, Zurich Re et Munich Re. – B. Beignier, *Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale : Rev. arb.* 2008, p. 227.

[1398]F. Turgné, *L'arbitrabilité du droit des assurances : RGDA* 2012, p. 177, spéc. p. 178.

réassurance peut jouer des rôles divers dans la gestion des risques, l'allégement fiscal et les exigences de capital[1399].

350. – Limites à l'arbitrabilité. Même s'il ne s'agit pas d'inarbitrabilité à proprement parler, il existe également certaines limites en raison des difficultés qui peuvent fréquemment se poser dans ce domaine, surtout lorsque les règles du droit de la consommation rencontrent celles du droit des assurances[1400], notamment si l'assuré est désavantagé en ce qui concerne sa capacité à négocier les termes de la police, dont la clause d'arbitrage, ou à engager une action contre l'assureur (voire à se défendre dans ce cadre). Cette difficulté se retrouve d'ailleurs en droit comparé[1401]. En conséquence, une clause compromissoire conclue lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle sera généralement considérée comme non valable[1402], à l'exception du compromis[1403]. Une autre question qui se pose est celle de la possibilité d'opposer la clause compromissoire à un non-signataire, tel que l'assuré et le bénéficiaire pour compte[1404]. Sous réserve de certaines circonstances ou de clauses d'arbitrage permettant l'organisation des procédures tripartites, cette hypothèse n'est généralement pas praticable dans le cadre d'une chaîne d'assurance et de réassurance, considérée comme une chaîne contractuelle « non translatives organisant une relation compartimentée » entre les membres qui en font partie[1405]. En revanche, il ne fait pas de doute que l'assureur, ou le réassureur, pourra toujours valablement se substituer à l'assuré dans un litige l'opposant à un tiers, par le biais notamment du mécanisme de la subrogation[1406].

351. – Arbitrage d'investissement dans les secteurs bancaires et d'assurance. Bien qu'il s'agisse d'une tendance relativement récente, l'arbitrage d'investissement se développe également dans les secteurs bancaire et financier[1407], de nombreux

---

[1399]C. Dugué, *La maîtrise des risques et l'arbitrage relatif aux opérations internationales de financement : Bull. CCI* 2000, suppl., spéc. p. 15.

[1400]V. *supra*, n° 310.

[1401]L'Allemagne, la Belgique, l'Autriche, la Finlande, le Luxembourg et la Suède ont par exemple une législation qui interdit l'insertion d'une telle clause dans les contrats d'assurance couvrant les particuliers. En revanche, une telle disposition est valable dans d'autres pays comme le Danemark, l'Espagne, Grande-Bretagne, Grèce, Irlande, Italie, Pays-Bas et Portugal. Aux États-Unis, tout dépendra de la législation de chaque État…

[1402]C. civ., art. 2061. À noter que c'était déjà l'hypothèse du fameux arrêt *Prunier* (Cass. civ., 10 juill. 1843 : *Rev. arb.* 1992, p. 399, obs. Ch. Jarrosson ; *Rev. arb.* 1992, p. 259) ; V. aussi : Cass. 1re civ., 16 juin 2011, n° 10-22.780 : *RGDA* 2011, n° 04, p. 1139 : une clause insérée dans un contrat d'assurance collective qui est conclue hors d'une activité professionnelle, ayant pour objet « de couvrir le risque d'invalidité permanente totale prévoyant que les conclusions du médecin s'imposent aux parties », ne peut pas fonder une procédure d'arbitrage.

[1403]Cass. 1re civ., 25 févr. 2010 : *Rev. arb.* 2011, p. 139, obs. J. El Ahdab, qui énonce que : « Le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance du litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ». L'interprétation *a contrario* de cet arrêt pose donc la question de validité de la clause arbitrale dans une police d'assurance.

[1404]V. au sujet de l'inopposabilité de la clause attributive de juridiction : CJUE, 27 févr. 2020, aff. C-803/18.

[1405]Cass. 1re civ., 9 juill. 2014, *Bayer* c/ *Sanofi Aventis et a. : D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *RGDA* nov. 2014, p. 543, obs. V. Heuzé. – V. F.-X. Train, *L'extension de la clause compromissoire – Chronique des années 2012-2017 : Rev. arb.* 2017, p. 406, spéc. p. 435.

[1406]V. par ex. : CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873, *Axa France IARD : Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; V. plus généralement, *infra*, nos 567 et 568.

[1407]Pour quelques affaires, V. *Levi* c/ *République Pérou*, CIRDI n° ARB/10/17, 26 févr. 2014, dans laquelle un tribunal a confirmé sa compétence *ratione materiae* sur une procédure à l'encontre d'une banque nationale ; V. encore des sentences constatant que divers types d'instruments financiers bénéficient de la protection prévue dans les traités d'investissement concernés notamment les prêts, des instruments négociables, les obligations souveraines et les garanties du prix du pétrole : V. à ce titre, *Oko Pankki Oyj* c/ *République d'Estonie*, Sent. CIRDI

investisseurs étrangers voyant dans ces derniers une manne rentable, bien qu'en réalité risquée du fait du cadre réglementaire dans lesquels ils s'inscrivent. Ainsi, parmi tous les arbitrages administrés par le CIRDI, 8 % concernent le secteur financier[1408]. De nombreux traités de protection des investissements reconnaissent souvent les instruments bancaires et financiers comme des investissements protégés : les tribunaux ont ainsi pu considérer que les garanties bancaires, les prêts simples[1409], les obligations souveraines, les instruments financiers négociables, les couvertures du prix du pétrole et les produits dérivés[1410] étaient des investissements protégés[1411]. Les investisseurs, tels que les actionnaires ou des banques, ont également la possibilité d'invoquer, devant un tribunal arbitral, une violation par les régulateurs financiers de la norme du traitement juste et équitable[1412], y compris pour contester des mesures de restructuration[1413].

352. – Les obstacles rencontrés par les banques et autres institutions financières au recours à l'arbitrage – qu'ils soient dus à des tendances historiques, à une méconnaissance des avantages de ce mode alternatif de règlement des différends ou à des préoccupations concernant l'inarbitrabilité – s'érodent. Avec le changement des habitudes, une meilleure sensibilisation à l'arbitrage et la poursuite du développement de droits plus ouverts à l'arbitrage, on peut s'attendre à ce que les banques et autres acteurs sur le marché financier choisissent davantage, au cours des prochaines décennies et au moins dans leurs relations commerciales, de recourir à l'arbitrage, que ce soit en matière d'arbitrage commercial ou d'investissement.

C. – Le droit de la concurrence

353. – Si l'on admet que l'arbitrage lui-même est un marché[1414], donc un marché concurrentiel, qui se caractérise par sa nature économique en ce qu'il porte avant tout sur des litiges issus du marché, il reste que, traitant de litiges du marché, il rencontre, fatalement, les règles du droit de la concurrence. La théorie économique enseigne aussi que la concurrence pure et parfaite, ou de manière plus moderne, de concurrence contestable, est un état rarement tenable si l'on admet que la tendance inévitable des concurrents est, comme en matière de pouvoir, d'essayer d'abuser d'une position, de dominer les autres, en faussant notamment les mécanismes de fonctionnement du marché. Dès lors, « le législateur a dû intervenir pour contrôler ces comportements : la nécessité de maintenir, entre les professionnels opérant sur un même marché, l'état de

---

n° ARB/04/6, 19 nov. 2007 ; *Fedax N.V.* c/ *Rép. bolivarienne du Venezuela*, Sent. CIRDI n° ARB/96/3, 9 mars 1998 ; *Abaclat* v. *Rép. d'Argentine*, CIRDI n° ARB/07/5, Sent. sur la compétence et l'admissibilité, 4 août 2011.

[1408] *The ICSID Caseload – Statistics*, p. 12, spéc. p. 28. À compter du 20 janvier 2020, il y avait quatorze affaires touchant au secteur bancaire. Au total, le secteur financier représentait cinquante-huit dossiers. V. par ex. : *Raiffeisen Bank International AG & Raiffeisenbank Austria d.d.* c/ *Croatie*, CIRDI n° ARB/17/34 et *Addiko Bank AG* v. *Montenegro*, CIRDI n° ARB/17/35, suite à la décision de la banque centrale suisse (BNS) d'abandonner le contrôle des taux de change en 2015.

[1409] *Fedax N.V.* c/ *Rép. bolivarienne du Venezuela*, Sent. CIRDI n° ARB/96/3, préc.

[1410] *Deutsche Bank AG* c/ *Rép. socialiste démocratique du Sri Lanka*, Sent. CIRDI n° ARB/09/2, 31 oct. 2012.

[1411] V. *Oko Pankki Oyj* c/ *Rép. d'Estonie*, Sent. préc. ; *Fedax N.V.* c/ *Rép. bolivarienne du Venezuela*, Sent. CIRDI n° ARB/96/3, préc. ; *Abaclat* v. *Rép. d'Argentine*, Sent. CIRDI n° ARB/07/5, préc.

[1412] *Deutsche Bank AG* c/ *Rép. socialiste démocratique du Sri Lanka*, préc.

[1413] V. *Abaclat et a.* c/ *Argentine*, CIRDI n° ARB/07/5 : *Rev. arb.* 2013, 478, obs. S. Lemaire ; *Ambiente Ufficio S.p.A et a.* c/ *Rép. d'Argentine*, CIRDI n° ARB/08/9, décision sur la compétence et l'admissibilité, 8 févr. 2013 ; *Giovanni Alemanni et a.* c/ *Argentine*, CIRDI n° ARB/07/8, décision sur la compétence et l'admissibilité, 17 nov. 2014. V. aussi *Poštová banka, a.s. et Istrokapital SE* c/ *Rép. hellénique*, Sent. CIRDI n° ARB/13/8, 9 avr. 2015.

[1414] V. *supra*, n° 112.

concurrence, a généré un corps de lois et de règlements qui constitue le droit de la concurrence »[1415]. Le principe même du litige entre professionnels implique qu'il croise inévitablement l'institution de l'arbitrage et celle des règles du droit de la concurrence.

354. – Droit *antitrust*. Le droit de la concurrence désigne, dans une conception stricte, les règles du « grand » droit de la concurrence, le droit antitrust dans la terminologie américaine, compris comme l'ensemble des règles qui ont pour objet le maintien de la juste et libre concurrence entre entreprises sur le marché et visent la sauvegarde des structures de ces entreprises en imposant à ces acteurs une régulation qui est de l'essence de l'économie du marché, c'est-à-dire les règles qui intéressent la sanction ou le contrôle des ententes, des abus de domination ou de concentration, voire des aides d'État[1416] ou, dans une conception large, l'ensemble des règles qui, de près ou de loin, invitent à une question de droit de la concurrence, incluant alors les règles du droit de la concurrence déloyale, des pratiques, françaises, restrictives de concurrence, c'est-à-dire de « police des prix » ou des clauses de non-concurrence.

La question de l'arbitrabilité des litiges concernant le droit de la concurrence concerne principalement le domaine du droit antitrust. Il a longtemps fait l'objet de débats en raison de sa place dans le droit public économique ainsi que le caractère public de l'action[1417], et en raison de la place importante occupée par l'ordre public en la matière, ce d'autant que ces règles sont considérées comme des lois de police, tant aux niveaux interne qu'européen (ou américain)[1418]. En effet, même si un litige touchant à des questions de droit économique a par nature vocation à pouvoir être tranché par la voie arbitrale, son versant concurrence a pour objectif premier la recherche et la répression des pratiques prohibées qui relèvent du domaine des procédures administratives, voire pénales, et paraît inconciliable avec l'arbitrage[1419].

Cette question ne fait cependant plus guère débat, l'arbitrabilité des litiges concernant le droit de la concurrence a depuis longtemps été consacrée (1°), en lui maintenant toutefois certaines limites (2°), tant en droit interne qu'en droit européen de la concurrence.

1° L'arbitrabilité des litiges relatifs au droit de la concurrence

a) La consécration de l'arbitrabilité

355. – Consécration du principe. Le droit français, anciennement opposé à l'arbitrabilité de ces litiges, l'a consacrée sur le plan international[1420], ce qui peut être

---

[1415]M. Changy et a., *Lamy Droit économique*, Wolter Kluwer France, p. 250, n° 784. *Adde* : D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3e éd., 2020.

[1416]A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence – droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 8e éd., 2018, p. 21, n° 1 ; Pour une approche pragmatique et simple du droit de la concurrence, souvent présentée comme austère : V. www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/la-decouverte-de-la-concurrence.

[1417]F. Colin, *Droit public économique*, Lextenso-Gualino, 5e éd., 2017, p. 21.

[1418]W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence – contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, p. 9, spéc. n° 17. – L. Idot, *Arbitrage et droit de la concurrence : Concurrences* 4-2010, p. 2, n° 6.

[1419]Ch. Jarrosson, *L'arbitrage et le droit de la concurrence – Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la CCI – (Paris, 18 et 19 octobre 1990) : Rev. arb.* 1990, p. 948, spéc. n° 4 ; V. plus généralement : A. Bencheneb, *Bibliographie – Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé : Rev. arb.* 2001, p. 648.

[1420]CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal S.A.* c/ *Mors and Westland Aerospace : Rev. arb.* 1993, p. 645 : dans le cadre d'un litige international portant sur les règles impératives du droit de la concurrence, la cour d'appel de Paris a retenu que « l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet

largement transposé sur le plan interne[1421], bien que le droit de la concurrence soit une matière qui intéresse aussi l'ordre public. Il convient de distinguer ce qui relève d'un objectif de *private enforcement*, c'est-à-dire la recherche d'une indemnisation par l'application des règles du droit de la concurrence, normalement confiée au juge, et ce qui relève d'un objectif de *public enforcement* du droit de la concurrence, visant la prévention et la sanction des pratiques anticoncurrentielles, confiées aux juges ou aux autorités spécialisées[1422]. En effet, un tribunal arbitral peut appliquer à un litige des dispositions impératives du droit de la concurrence et connaître des conséquences civiles des pratiques anticoncurrentielles (*private enforcement*)[1423].

b) La portée de l'arbitrabilité

356. – Rôle de l'arbitre dans les pratiques anticoncurrentielles et abus de domination. L'arbitre peut prononcer la nullité de conventions prohibées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et accorder des dommages et intérêts aux victimes de telles pratiques, lorsque la loi française trouve à s'appliquer. Grâce à la décentralisation opérée par le règlement n° 1/2003, lorsque le droit européen a vocation à s'appliquer, l'arbitre pourra également appliquer les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[1424].

357. – Concentrations d'entreprises. L'arbitrage a fait son apparition en matière de contrôle des concentrations au début des années 1990 dans le cadre de la procédure d'engagements qui permet à des entreprises d'éliminer les problèmes de concurrence identifiés par les autorités[1425]. La première référence en matière d'arbitrage, en la matière, peut être trouvée dans une décision de 1992[1426]. En effet, la Commission européenne peut, à l'issue des procédures de contrôle (préliminaire et normale), assortir sa décision d'engagements proposés par les entreprises concernées par le contrôle et dont l'exécution peut donner lieu à des litiges que les entreprises s'obligent à soumettre à l'arbitrage[1427]. Pour la période 2011 à 2015, près de 25 % des décisions d'engagements prévoyaient une procédure d'arbitrage[1428]. Le recours des tiers est très encadré puisque la Commission européenne impose l'arbitrage entre les tiers et les parties à la concentration[1429]. Les destinataires de la décision de la Commission doivent

---

ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous contrôle du juge de l'annulation ».

[1421]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 145.

[1422]L. Idot, *La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence : D.* 2007, p. 2681. – L. Idot, *Arbitrage et droit de l'Union européenne. – Retour sur quelques développements récents : Rev. arb.* 2016, p. 475, n° 4.

[1423]CA Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson. – CA Paris, 30 sept. 1993 : *Rev. arb.* 1994, p. 359, note D. Bureau ; V. aussi CA Paris, 20 sept. 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 82, note D. Cohen. – CA Paris, 10 sept. 1997 : *Rev. arb.* 1999, p. 121, obs. D. Bureau et A. Hory. – CA Paris, 1er mars 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 584, obs. J.-B. Racine.

[1424]M. de Fontmichel, *L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral : AJCA* 2014, n° 5, p. 204, spéc. n° 10.

[1425]L. Idot, *Arbitrage et droit de l'Union européenne. – Retour sur quelques développements récents : Rev. arb.* 2016, p. 475-476, n° 5.

[1426]Comm. CE, déc. M. 235, 4 sept. 1992, *Elf Aquitaine-Thyssen/Minol* ; cité par L. Idot, *Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations : Rev. arb.* 2000, p. 595, n° 7.

[1427]G. Decocq, *Arbitrage et droit communautaire du contrôle des concentrations*, in *L'arbitrage commercial et l'espace judiciaire européen : RAE* 2005/2, p. 169, n° 2.

[1428]L. Idot, *Arbitrage et droit de l'Union européenne. – Retour sur quelques développements récents : Rev. arb.* 2016, p. 476, n° 6.

[1429]Une clause d'arbitrage type s'est imposée dans les décisions de la Commission : *US Airways/American Airlines*, aff. n° COMP/M.6607, 5 août 2013 ; *GE/Avio*, aff. n° COMP/M.6844, 1er juill. 2013 ; *FrieslandCampina / Zijerveld*

alors proposer l'arbitrage à leurs partenaires commerciaux, fournisseurs ou clients pour le règlement d'éventuels litiges ayant pour objet la mise en œuvre de cette décision[1430].

2° Les aménagements de l'arbitrabilité

358. – Ententes et aides d'État. En matière d'ententes ou d'aides d'État, la question s'est posée de l'application par un arbitre du règlement européen qui donne compétence aux juridictions nationales pour mettre en œuvre l'article 101, § 3 du TFUE relatif à l'exemption individuelle d'interdiction des ententes lorsque l'accord constitue une entente susceptible d'être exemptée[1431]. Même si la jurisprudence administrative semble désormais tranchée à ce sujet[1432], un désaccord existe entre auteurs sur la question de savoir si l'arbitre a les mêmes pouvoirs qu'un juge étatique concernant ces exemptions et l'application des normes à effet direct[1433]. La distribution des pouvoirs entre le juge ou l'autorité étatique spécialisée et le juge « ordinaire », par exemple de la réparation, rend complexe la compréhension de la question. Pour résumer, les sanctions sous forme d'amende notamment ou les conséquences d'une sanction, reconnaissance d'une clémence, d'un engagement pris ou de sa violation, *etc.*, sont de la compétence exclusive de l'Autorité de la concurrence, tandis que le juge de la réparation dispose du pouvoir de constater, ou de ne pas constater, qu'une situation concurrentielle est illicite ou valable pour en tirer des conséquences civiles, annulation ou réparation notamment. Le juge ordinaire disposerait donc de la possibilité de constater que l'exemption, individuelle ou collective est acquise, à supposer qu'il dispose des moyens de l'apprécier, pour en tirer des conséquences civiles (mais donc pas de « décider » une exemption, ce qui rend la chronologie des actions favorables à une saisie première de l'autorité spécialisée, puis du juge civil, ou de l'arbitre, allongeant d'autant la durée du litige). Il n'existe pas *a priori* d'obstacle à l'application des articles 101 et 102 du TFUE par les arbitres dans les mêmes conditions qu'un juge non spécialisé étatique, à moins que la Cour de justice de l'Union européenne[1434] ne

---

& Veldhuyzen and den Hollander, aff. n° COMP/M.6722, 12 avr. 2013 ; *IAG/BMI*, aff. n° COMP/M.6447, 30 mars 2012 ; *Intel/McAfee*, aff. n° COMP/M.5984, 26 janv. 2011. D'autres décisions de la Commission s'en écartent : *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, aff. n° COMP/M.6497, 12 déc. 2012 ; *T-Mobile/Orange*, aff. n° COMP/M.5650, 1er févr. 2010 (accessibles sur le site de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_merger_ongoing).

[1430]Par ex. : Comm. UE, 25 janv. 2000, aff. n° COMP/M. 1684, *Carrefour* c/ *Promodès* : la Commission a autorisé la fusion entre Carrefour et Promodès. À l'issue de la décision, Carrefour s'est engagé à ne pas modifier les conditions régissant les contrats conclus avec ses fournisseurs (volume, délais de livraison, garantie de qualité…) et s'est engagé à proposer à tous ses fournisseurs, de soumettre les litiges qui porteraient sur l'interprétation, l'application ou l'exécution des engagements de Carrefour à l'arbitrage (Annexe 2 de la décision, p. 36-37).

[1431]Règl. n° 1/2003, art. 81, § 3 ; TFUE, art. 101, § 3. – A. Mourre, *L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le Règlement (CE) n° 1/2003*, in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Bruylant, 2010, p. 84.

[1432]V. indirectement à ce sujet : T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075, *SMAC* c/ *Ryanair : Dalloz actualité*, 28 avr. 2017, obs. M.-C. de Montecler. – CA Poitiers, 15 déc. 2020, SMAC, n° 1900269 : *Dalloz actualité*, 22 févr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

[1433]Certains auteurs estiment que le rôle de l'arbitre est identique à celui du juge étatique : E. Loquin, *Arbitrage – Conventions d'arbitrage-Conditions de fond – Litige arbitrable : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1024, 2016, p. 26, n° 76 ; d'autres envisagent des rôles différents : H. Lesguillons, *La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence : Gaz. Pal.* 29 mai 2003, p. 17, n° 2. Il faut noter que, dans une sentence CCI n° 2811/1979 (*JDI* 1979, p. 984, obs. Derains), le tribunal arbitral n'a pas porté une appréciation concrète sur un accord restrictif particulier, mais a seulement vérifié si les conditions générales de l'exemption étaient ou non remplies.

[1434]Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme (4 févr. 2018, nos 40575/10 et 67474/10, aff. *Mutu et Pechstein* c/ *Suisse*), qui a reconnu la qualité de « tribunal » au sens de l'article 6-1 de la Convention

donne à la notion de « juridiction nationale » un contenu et une portée limitatifs et exclusifs de l'arbitrage. Si le rôle de l'arbitre est identique à celui du juge étatique, et même si sa compétence serait exclue pour statuer sur la validité ou la compatibilité d'une aide avec le droit de l'Union européenne de la concurrence[1435], il devrait alors être compétent pour se prononcer en matière de restitutions de ces aides qui ont été octroyées illégalement (TFUE, art. 108, § 3) : il pourrait donc faire droit à une demande de restitution d'une aide ou, à tout le moins, réparer le préjudice subi par un concurrent en raison de la distorsion de concurrence que constitue le versement d'une aide prohibée[1436].

359. – Limites à l'arbitrabilité en matière de droit de la concurrence. Dès lors que la sanction et la mise en œuvre (*public enforcement*) de ce droit, éminemment directif, sont confiées à des autorités spécialisée, publiques, judiciaires ou administratives, selon le système interne retenu (Commission européenne, autorités nationales de concurrence comme en France l'Autorité de la concurrence), l'arbitre ne peut intervenir que dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la compétence exclusive de l'autorité de concurrence concernée[1437]. La jurisprudence refuse également à l'arbitre le pouvoir de saisir la Cour de justice de l'Union européenne ou l'autorité de la concurrence, à la différence du juge civil, pour avis par exemple au motif qu'il n'est pas une juridiction d'un État membre, au sens des règles du droit européen de la concurrence[1438].

360. – Procédures parallèles. Si, en matière de droit de la concurrence, l'article 16, § 1, du règlement n° 1/2003[1439] est silencieux sur l'obligation d'un tribunal arbitral de surseoir à statuer en présence d'une procédure intentée par la Commission européenne, le tribunal demeure cependant libre de surseoir à statuer s'il l'estime nécessaire.

361. – Le droit comparé. Le rôle précurseur des États-Unis en matière de droit de la concurrence, qui a « inventé » la matière à la fin du XIX[e] siècle, se poursuit ici, avec l'arrêt *Mitsubishi*[1440] qui a consacré en 1985 l'arbitrabilité de ce type de litiges. Dans cet arrêt, la Cour suprême a trouvé un équilibre en ce qu'elle présente une position fortement en faveur de l'arbitrage mais impose une obligation pour l'arbitre d'appliquer les règles *antitrust* pertinentes[1441]. L'évolution de la jurisprudence américaine[1442] montre que la preuve de l'application effective des règles *antitrust* n'est pas requise

---

européenne des droits de l'homme.

[1435] M. de Fontmichel, *L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral : AJCA* 2014, n° 5, p. 204, spéc. n° 11.

[1436] CJUE, *11 juill. 1996,* aff. C-39/94, *Synd. français de l'Express international (SFEI) et a.* c/ *La Poste et a.* : le rôle de l'arbitre est calqué sur celui du juge étatique.

[1437] CA Paris, 1er mars 2001 : *Rev. arb.* 2001, p. 583, note J.-B. Racine : l'arbitre ne peut appliquer que les règles communautaires qui bénéficient d'un effet direct plein et en plus la compétence exclusive reconnue sur certaines questions aux autorités communautaires s'oppose à la compétence arbitrale sur ce point.

[1438] CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee : Rev. arb.* 1982, p. 473 ; V. aussi CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-125/04 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 923 ; *Rev. arb.* 2005, p. 765, note L. Idot. Cependant un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (13 févr. 2014, aff. C-555/13) a admis la recevabilité d'une question préjudicielle posée par un tribunal arbitral mais celui-ci était constitué de manière obligatoire par une législation nationale. V. *infra*, n° 1327.

[1439] Cons. UE, règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

[1440] *Mitsubishi motors corp.* v. *Soler Chrysler-Plymouth*, Inc., 473 U.S 614, 624-28 (1985).

[1441] *Mitsubishi motors corp.* v. *Soler Chrysler-Plymouth*, Inc., préc.

[1442] *George Fisher Foundry Systems* v. *Adolph Hottinger Maschinenbau*, 55 F.3d 1206 (6th Cir. 1995), V. aussi *Nghiem* v. *NEC*, 25 F.3d 1437 (9th Cir. 1994).

comme condition de la validité de la convention d'arbitrage. Depuis l'arrêt *Mitsubishi*, les tribunaux américains considèrent systématiquement les plaintes *antitrust* comme arbitrables, tant en termes d'arbitrage international que national[1443]. Cette position américaine, très favorable à l'arbitrage, ne se retrouve pas partout dans le monde. Par exemple, dans une récente décision concernant une entente anticoncurrentielle, la Cour suprême de la République Populaire de Chine[1444] a adopté la position selon laquelle les questions concernant le droit de la concurrence ne sont pas arbitrables, ce qui, eu égard à la philosophie politique de la Chine, est assez logique. Cette position s'inscrit dans une suite de décisions[1445] démontrant le souhait de la République populaire de Chine de réserver aux juridictions étatiques la compétence sur les litiges en lien avec des pratiques anticoncurrentielles, dans une logique très souverainiste, et non « concurrentielle » au sens traditionnel du terme. Une crainte légitime que les juridictions chinoises refusent dorénavant d'exécuter les sentences arbitrales impliquant des litiges en matière d'antitrust est naturellement apparue à la suite de cette décision. Il est toutefois peu probable qu'une interdiction générale soit mise en place, mais plutôt que la Chine instaure un contrôle plus important et une sphère d'arbitrabilité réduite[1446]. En droit de l'Union européenne, la question n'a jamais été vraiment débattue. L'arrêt *Eco Swiss*[1447] rendu par la Cour de justice des Communautés européennes en 1999 ne portait pas sur la possibilité du recours à l'arbitrage, mais seulement sur l'éventuelle obligation faite aux juges étatiques de contrôler les sentences *a posteriori*[1448].

362. – Par ailleurs, si bon nombre de pays sont dotés d'un appareil législatif désigné comme « droit de la concurrence », il s'agit le plus souvent de règles intéressant le droit des investissements étrangers, corrélé à des règles de contrôle des concentrations d'entreprises. Cette discipline suppose un ensemble de règles, économiques, processuelles, voire démocratiques et de garantie des droits fondamentaux, dont la propriété et le respect des contrats[1449], sauf à n'être qu'un ensemble de mots vides de sens, de telle manière qu'un petit nombre de pays disposent d'un droit de la concurrence au sens ici entendu, pays de l'Union européenne, Royaume-Uni, États-Unis, Australie, Nouvelle-Zélande, principalement.

363. – Pratiques restrictives de concurrence, concurrence déloyale. Si les litiges en matière de pratiques anticoncurrentielles sont finalement assez rares dans la mesure où elles supposent systématiquement de démontrer, avec des arguments

---

[1443]V. par ex. : *Kotam Electronics, Inc.* v. *JBL Consumer Products, Inc.*, 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996) ; *George Fischer Foundry Systems, Inc.* v. *Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH,* 1995-1 Trade Cases (CCH) 70,019 (6th Cir. 1995) ; *Acquaire* v. *Canada Dry Bottling*, 906 F. Supp. 819, 837 (EDNY 1995) ; *Syscomm Int'l Corp.* v. *Synoptics Communications*, 856 F. Supp. 135, 139 (EDNY 1994) ; *Hough* v. *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 757 F. Supp. 283, 286 (SDNY) ; 946 F.2d 883 (2d Cir. 1991) ; *In re Hops Antitrust Litigation*, 1988-2 Trade Cases (CCH) 68,121 (ED Mo. 1987) ; *Genna* v. *Lady Foot Int'l Inc.*, 1986-2 Trade Cases (CCH) 67,317 (ED Pa 1986) ; *Cindy's Candle Co.* v. *WNS Inc.*, 714 F. Supp. 973 (ND Ill 1989) ; *Baxter International Inc.* v. *Abbott Laboratories* (US Court of Appeals, 7th Cir.), YCA 2003, 1154.

[1444]*Huili* v. *Shell*, Cour Suprême de la République Populaire de Chine, août 2019 cité *in* A. Ma, D. Phillips et A. Li, *China's Take on Arbitrability of Anti-Trust Matters : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2020, Issue 1, p. 19.

[1445]L'affaire *Hainan Yutai* et l'affaire *Changlin* v. *Shell* citées *in* A. Ma, D. Phillips et A. Li, *China's Take on Arbitrability of Anti-Trust Matters : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2020, Issue 1, p. 19.

[1446]A. Ma, D. Phillips et A. Li, *China's Take on Arbitrability of Anti-Trust Matters : ICC Dispute Resolution Bulletin* 2020, Issue 1, p. 19.

[1447]CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Lt.* c/ *Benetton International NV : Rev. arb.* 1999, p. 631, note Idot.

[1448]L. Idot, J. Buhart et J. Grierson, *Arbitrage et droit de la concurrence : Concurrences* 31 janv. 2017, p. 2.

[1449]D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *op. cit.*, n° 2.

purement économiques difficilement conciliables avec une procédure juridique, l'atteinte à un marché, il demeure que bon nombre de litiges rencontrent les règles internes de concurrence déloyale, relevant du droit commun de la responsabilité civile, ou les règles de police interne des prix, dites en France « pratiques restrictives de concurrence » (C. com., art. L. 441-1 et s.). S'agissant des règles de concurrence déloyale, le principal obstacle à leur arbitrabilité repose sur le fait qu'elles sont, par principe, des règles de responsabilité extracontractuelle, donc non saisissables par une clause compromissoire, sinon par un compromis ou par la démonstration d'un rattachement suffisant ou nécessaire avec un litige organisé par une clause compromissoire. S'agissant des pratiques restrictives de concurrence, il s'agit d'un ensemble, en droit français, de règles contraignantes, réglementant la négociation des contrats, leur contenu, *via*, notamment, la question de la présence d'un « déséquilibre significatif » (C. com., art. L. 442-1, I, 2°) ou la « rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-1, II). Ces règles, dérogatoires du droit commun, sont en outre accompagnées de la possibilité pour le ministère public, ou le ministre de l'Économie, de saisir le juge en vue de leur sanction, y compris sans le support des « victimes » de ces pratiques, en vue d'obtenir, notamment, le paiement d'une amende civile et de la restitution de l'indu, dite « action du ministre »[1450] (C. com., art. L. 442-4). Dès lors, la question s'est posée, tant en matière interne qu'internationale, de savoir si ces règles devaient emporter la compétence du juge comme en matière de responsabilité civile délictuelle, en raison de l'ordre public qui les accompagne ou du juge élu, y compris arbitral, dans la mesure où elles saisissent un contentieux relevant de la matière du contrat[1451]. De cet ensemble complexe plusieurs logiques émergent. La première est le respect, quelle que soit la nature du litige, d'une clause compromissoire[1452], notamment sur la considération, après l'arrêt *Granarolo* de la Cour de justice de l'Union européenne en 2016[1453] qui assimile, globalement, le contentieux de la rupture brutale d'une relation internationale, au régime du contrat. La

---

[1450]D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *op. cit.*, n^{os} 201 et s.

[1451]D. Mainguy, *La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre : D.* 2011, p. 1495. – C. Nourissat, *Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action : Rev. Lamy dr. aff.* 2007, p. 67. *Adde* en matière interne (choix de la responsabilité civile délictuelle) : Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178 : *D.* 2007, p. 653, obs. E. Chevrier et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; *JCP* G 2007, II, 10108, note F. Marmoz ; *RDC* 2007, p. 731, obs. J.-S. Borghetti ; *JCP* E 2008, 1638, obs. D. Mainguy ; *RTD civ.* 2007, 343, obs. J. Mestre et B. Fages. – Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : *JCP* E 2009, 1479, obs. D. Mainguy. – Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971 : *Bull. civ.* 2009, IV, n° 3 ; *D.* 2009, 2892, obs. D. Ferrier ; *RDC* 2009, 1016, obs. Brekoud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais. – Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.716. – Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885. – Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240 ; en matière internationale (choix du respect des clauses de litige) : Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946 : *D.* 2007, p. 951, obs. E. Chevrier ; *JCP* E 2008, p. 1638, obs. D. Mainguy. – Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823 : *D.* 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RDC* 2009, p. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; *JCP* E 2009, p. 1479, obs. D. Mainguy ; *Rev. crit. DIP* 2009, 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt. – Cass. com., 8 juill. 2010, n° 09-67.013 : *D.* 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt.

[1452]Cass. com., 8 juill. 2010, n° 09-67.013, préc. – Cass. com., 21 oct. 2015, n° 14-25.080 : *JCP* E 2016, p. 1138, note R. Kaminsky et J. Rozier ; *D.* 2015, p. 2537, note N. Dissaux. – Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-22.675 : *JCP* G 2017, p. 406, note D. Mouralis ; *Contrats, conc. consom.* 2017, n° 99, note M. Malaurie-Vignal ; *JCP* E 2018, p. 1131, n° 3, obs. D. Mainguy.

[1453]CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granarolo : D.* 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD civ.* 2016, p. 814, obs. L. Usunier ; *RTD civ.* 2016, p. 837, obs. H. Barbier ; *adde* Cass. 1re civ., 18 janv. 2017, n° 15-26.105. – Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-11.828. – Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-13.862. – Cass. com., 20 sept. 2017, n° 16-14.812 (pour des clauses attributives de juridiction) : *JCP* E 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy.

deuxième est la question de savoir si les règles en question relèvent ou non du domaine des lois de police, une réponse positive ayant été apportée dans l'arrêt *Expédia* en 2020[1454]. La troisième que la clause compromissoire est écartée lorsque l'« action du ministre » est engagée[1455].

364. – Conclusion. Les litiges relatifs au droit de la concurrence relevant d'un objectif d'indemnisation (*private enforcement*) se prêtent davantage à l'arbitrage que ceux relevant d'une logique de *public enforcement*. La jurisprudence française interprète cependant de manière assez extensive la compétence du tribunal arbitral en la matière, y compris sous l'angle de la préservation de l'ordre public international par le juge de l'annulation de la sentence sur le point de savoir, notamment, si le juge peut, ou doit, appliquer, éventuellement d'office une règle du droit antitrust[1456], tandis que des modèles institutionnels très différents rendent très complexe la comparaison entre la situation française ou européenne et celle prévalant, notamment, aux États-Unis[1457].

D. – Les procédures collectives

365. – Procédures collective et arbitrale. Même les entreprises les plus robustes, y compris celles qui recourent à l'arbitrage, font face à des difficultés, parfois violentes et imprévisibles, comme l'a démontré la crise de la Covid-19. Le droit des entreprises en difficulté, et notamment celui concernant « les procédures collectives », dites aussi règles en matière de « faillite », permettent d'y répondre selon un système de règles, reflétant le plus souvent une certaine conception sociétale de l'économie. Ces procédures incluent le redressement, la liquidation judiciaire et la procédure de sauvegarde, et visent des objectifs que l'on peut qualifier de sauvegarde d'intérêts généraux, notamment la protection des créanciers[1458]. La procédure d'arbitrage et les procédures collectives sont des procédures qui s'entrechoquent dans leur finalité : les secondes cherchent un équilibre entre intérêts généraux divergents, la protection des créanciers, la préservation de l'entreprise débitrice (voire des actionnaires), la possible poursuite de l'activité et la protection des salariés, tandis que l'arbitrage se préoccupe du règlement particulier et privé d'un litige entre deux parties par une troisième personne, l'arbitre[1459]. Pourtant, les incidences de l'une sur l'autre sont inévitables : la prolifération des procédures collectives étant une des causes de multiplication du contentieux arbitral et post-arbitral, tandis que de nombreuses sociétés, en difficulté, sont confrontées à de telles procédures en cours d'arbitrage (ou avant son engagement). Or, certaines règles en matière de « faillite » sont au cœur des questions liées à l'ordre public économique, ce qui soulève inéluctablement des questions d'arbitrabilité. Si le droit des procédures collectives est réservé aux juridictions étatiques, cette matière ne ferme pas la porte, loin s'en faut, au recours à l'arbitrage, sous réserve de certains aménagements et exceptions.

[1454]Cass. com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536 : *JCP* E 2020, p. 1522, n° 3, obs. D. Mainguy.

[1455]Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811 : *JurisData* n° 2016-013778 ; *D.* 2016, p. 1910, note J.-C. Roda ; *D.* 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *AJC* 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; *RTD civ.* 2016, p. 837, obs. H. Barbie.

[1456]CA Paris, 18 nov. 2004, *SA Thalès Air Défense* c/ *GIE Euromissile : Rev. arb.* 2005, n° 3, p. 751.

[1457]L. Idot, *Arbitrage et droit de la concurrence : Concurrences* 2010, p. 21.

[1458]Ph. Fouchard, *Arbitrage et faillite : Rev. arb.* 1998, p. 471, spéc. p. 473.

[1459]D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse, Aix, 2008. – M. Henry, *Arbitrage et Procédures collectives : La lettre de l'AFA* juill. 2018, n° 28, spéc. p. 1, Éditorial.

366. – Exclusivité de compétence des juges étatiques pour les litiges liés à une procédure collective. Le juge-commissaire du tribunal saisi d'une procédure collective est exclusivement compétent pour les litiges liés à la procédure collective ouverte, notamment par et pour les déclarations de créances (C. com., art. L. 624-2). De cette exclusivité en a résulté une centralisation devant le juge en charge de la procédure[1460] qui s'explique par la volonté de donner au tribunal de la procédure collective « une maîtrise complète de l'organisation du sauvetage de l'entreprise en difficulté »[1461]. Lorsque l'on fait référence aux litiges ayant pour objet une procédure collective, on vise les actions nées de la procédure collective ou les actions qui exercent sur la procédure collective une influence juridique[1462]. Notamment, cela inclut les actions liées à la nomination des représentants de la procédure, l'ouverture de la procédure collective, la réception des déclarations de créances, *etc.*[1463] Cela suppose également toutes les contestations qui n'auraient pas eu lieu sans la procédure collective, qui sont nées en raison de cette procédure collective initiée[1464].

367. – Arbitrabilité des litiges non liés à l'ouverture d'une procédure collective. Pour autant, tous les litiges pouvant apparaître au cours d'une procédure collective, mais non liés à son ouverture, ne sont pas exclus de l'arbitrage. C'est notamment le cas des litiges qui trouvent leur cause dans le contrat litigieux impliquant une partie en faillite et non dans une règle de la procédure collective[1465]. La jurisprudence a ainsi pu affirmer qu'un litige est arbitrable malgré l'ouverture d'une procédure collective s'il « ne met pas en jeu la réglementation dès la procédure collective »[1466]. Dès lors que ces règles sont en jeu, le litige ne sera plus arbitrable[1467]. À titre d'exemple, il a été admis par la jurisprudence qu'un litige relatif aux conditions de continuation d'un contrat en cours par l'administrateur n'était pas arbitrable[1468]. De plus, le moment où a été conclu le contrat contenant la clause, avant ou après l'ouverture de la procédure, n'a pas d'incidence[1469] : la convention d'arbitrage, conclue avant l'ouverture, reste valide après et doit être respectée par tous les acteurs de la procédure collective[1470] que sont le créancier, le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur. Si, au cours de la procédure, certains contrats sont repris par un tiers et contiennent une clause d'arbitrage, celui-ci (le « repreneur ») sera obligé de la respecter[1471].

368. – Suspension des poursuites. L'article L. 622-21, I du Code de commerce prévoit que les poursuites individuelles contre un débiteur en procédure collective sont interdites ou suspendues si une instance était en cours au jour du jugement d'ouverture, ce que la jurisprudence étend aux instances arbitrales et qui est considéré comme

---

[1460]P. Ancel, *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janv. 1985 : Rev. arb.* 1987, p. 127, spéc. p. 128.
[1461]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éd., 2015, n° 91.
[1462]Cass. com., 8 juin 1993 : *JurisData* n° 1993-001256 ; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 233.
[1463]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, préc., n° 91.
[1464]Cass. 1re civ., 1er juill. 2009 : *Cah. arb.* 2010, p. 453.
[1465]Cass. civ., 26 avr. 1906 : *D.* 1907, I, 25, note Valéry.
[1466]Cass. com., 10 janv. 1984 : *Rev. arb.* 1984, p. 492, note Ancel.
[1467]P. Ancel, *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1984 : Rev. arb.* 1987, p. 127, spéc. p. 130-131.
[1468]Cass. com., 3 févr. 1981 : *Rev. arb.* 1981, p. 288, note Fouchard.
[1469]E. Loquin, *Conventions d'arbitrage. – Conditions de fond, Litige arbitrable : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1024, mai 2016, spéc. n° 57.
[1470]Cass. 1re civ., 1er avr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1171, note L. Weiller : la clause compromissoire s'impose au liquidateur d'une société ayant opté pour la poursuite du contrat la stipulant.
[1471]V. *infra*, n° 594.

relevant d'une loi de police[1472]. Si l'instance arbitrale est « en cours »[1473] avant l'ouverture de la procédure collective, elle doit être interrompue jusqu'à ce que le créancier déclare le montant du litige en cours au mandataire judiciaire, pour ne reprendre, de plein droit et avec l'assistance du mandataire judiciaire, que pour faire constater les créances et la fixation de leur montant (C. com., art. L. 622-22 et L. 621-41)[1474].

À l'inverse, dans le cas où l'instance arbitrale n'aurait pas été commencée, l'ouverture d'une procédure collective interdit toute action en justice, y compris arbitrale[1475]. La jurisprudence va dans ce sens puisqu'il a été jugé que les poursuites individuelles étant suspendues, alors un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture ne peut pas, après l'ouverture de la procédure collective, saisir un tribunal arbitral[1476].

En ce qui concerne la capacité de compromettre après l'ouverture d'une liquidation judiciaire ou d'un redressement judiciaire, l'article 158 de loi du 25 janvier 1985 prévoit que : « Le liquidateur peut, avec l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers ». En ce qui concerne la procédure de redressement, le débiteur n'a plus nécessairement besoin de l'assistance d'un administrateur pour compromettre, mais il a besoin, pendant la période d'observation, d'avoir l'accord du juge-commissaire en charge de la procédure (L. 1985, art. 33, al. 3)[1477].

369. – Distinction des conséquences des procédures collectives sur la matière arbitrale selon les pays. Le fait que les questions de faillite « pure » (c'est-à-dire les procédures collectives en tant que telles) ne soient pas arbitrables est un principe qui semble répandu en droit comparé[1478]. S'agissant de la question de l'inarbitrabilité d'un litige après l'ouverture d'une procédure collective, certains pays européens tels que l'Autriche[1479] ou l'Allemagne[1480] considèrent que tous les litiges liés à une procédure collective sont arbitrables[1481] tandis que d'autres, comme l'Italie, possèdent les mêmes restrictions à l'arbitrabilité du litige qu'en France. À titre d'exemple, le droit suisse a pour seule limite à l'arbitrabilité, l'ordre public. Ainsi, le droit suisse de la faillite n'annule aucune convention d'arbitrage, peu importe la personne à l'encontre de laquelle le jugement d'ouverture ait été ouvert et indépendamment du fait que la

---

[1472]Cass. 1re civ., 12 nov. 2020, n° 19-18.849. – CA Paris, 15 sept. 2020, n° 19-09.580 : *Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

[1473]Ce qui suppose que le tribunal arbitral soit constitué et ait été déjà saisi du litige : V. Cass. 1re civ., 30 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 977, note J. Pellerin ; V. plus généralement *infra*, n° 1324 et s.

[1474]V. Cass. 1re civ., 6 mai 2009 : *Rev. arb.* 2010, p. 299, note D. Cohen.

[1475]E. Loquin, *Conventions d'arbitrage – Conditions de fond, Litige arbitrable : JCl. Procédure civile*, Fasc., p. 1024, 11 mai 2016, spéc. n° 61.

[1476]Cass. com., 2 juin 2004 : *Rev. arb.* 2004, p. 591, note P. Ancel. – CA Paris, 15 sept. 2020, n° 19/09580, *Sharme*.

[1477]P. Ancel, *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1984 : Rev. arb.* 1987, p. 130.

[1478]J. D. M. Lew, L. A. Mistelis et S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 187-221.

[1479]V. CPC autrichien, art. 582, § 1.

[1480]En Allemagne, l'insolvabilité d'une partie n'affecte généralement pas l'arbitrabilité d'un litige. Les créances doivent être déclarées lors de la procédure collective et, si elles sont contestées, elles pourront alors être arbitrées.

[1481]S. Kroll, *Part IV : Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Insolvency and Arbitration – Effects of Party Insolvency on Arbitral Proceedings in Germany*, *in* P. Nacimiento, S. Kroll et *al.* (éds), *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice*, 2nd éd., 2015, p. 989.

procédure d'arbitrage a été engagée ou non au moment de l'ouverture de la faillite[1482]. À noter justement que, malgré le caractère impératif de ces dispositions, une procédure collective ouverte à l'étranger ne perturbe pas de la même manière – en réalité bien moins – l'arbitrabilité et le déroulement de l'arbitrage en France, surtout si la liquidation n'est pas revêtue de l'exequatur en France[1483].

370. – Conclusion. En résumé, l'ouverture d'une procédure collective n'invalide pas par principe une convention d'arbitrage qui reste effective dans certains cas, tout en interdisant le recours à l'arbitre pour certains litiges propres à la faillite et dont la compétence exclusive revient au juge des faillites.

E. – Le droit de la distribution

371. – Définition du droit de la distribution. La distribution peut être comprise comme « l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et de consommateurs professionnels ou non professionnels »[1484]. C'est une définition très large qui vise à considérer, du point de vue de règles spécifiques, pratiquement l'ensemble des relations commerciales de vente et de prestations de services. C'est ainsi une autre manière de traiter certains contrats d'affaires, les plus traditionnels.

Les aspects de la distribution envisagés de ce point de vue regroupent ainsi les techniques de commercialisation, qui sont : la publicité et les méthodes de vente et d'offre de services, et les circuits de distribution qui sont : la réglementation des points de vente, la participation de subordonnés à la distribution, la participation d'intermédiaires à la distribution, dont les agents commerciaux, la participation de revendeurs à la distribution et les groupements de distributeurs, c'est-à-dire les contrats participant de l'organisation de réseaux de distribution, dont la franchise, les relations de la « grande distribution »[1485], des clauses compromissoires étant notamment fréquentes dans les contrats de franchise, de la grande distribution ou d'agence commerciale. Évoquer l'arbitrage des relations de distribution revient, finalement, à évoquer l'arbitrage des contrats de distribution, du type des contrats de franchise et de leurs dérivés, ou des contrats de la grande distribution et, ce faisant, les différentes implications de règles d'ordre public : droit de la concurrence, de la consommation, des procédures collectives, du droit des sociétés, *etc.* Il n'y a donc pas une spécificité des litiges de distribution, mais une certaine spécificité du traitement arbitral de ces litiges.

372. – Avantages de l'arbitrage pour traiter les litiges de distribution. L'arbitrage présente l'ensemble des avantages présentés pour l'arbitrage en général et, notamment, la possibilité pour les parties de choisir leurs arbitres. Ainsi, les parties pourront désigner des arbitres experts en « droit économique », c'est-à-dire de la distribution, de la consommation et de la concurrence, ce qui n'est pas toujours le cas des juges étatiques. De plus, en matière d'arbitrage, les parties sont plus libres pour organiser la procédure selon leurs besoins : pour la production de documents, l'expertise, les auditions de témoins, *etc.* Il convient de préciser d'emblée que la

---

[1482] C. Liebscher, *Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 9 – Insolvency and Arbitrability*, *in* L. A. Mistelis et S. Brekoulakis (éds), *Arbitrability : International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, vol. 19, p. 176-178.

[1483] CA Paris, 3-5, 2 mars 2021, n° 18/16891, *Rotana* : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. Jourdan-Marques.

[1484] N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 9e éd., 2020, n° 6.

[1485] *Cf.* not. N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit., loc. cit.* – F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2e éd., 2019, p. 219 et s.

compétence des arbitres sera complète, sachant que l'arbitrabilité de l'ordre public et du droit de la concurrence a depuis longtemps été consacrée.

Il reste toutefois certaines situations complexes, notamment face à des relations de distribution associant plusieurs contrats parallèles, un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement, voire des statuts, un pacte d'associés, *etc.* qui concourent tous à la réalisation d'une même opération et, dans lesquels des techniques de résolution des litiges différents sont précisés, clauses compromissoires et clauses attributives de juridiction. La logique de l'autonomie des conventions d'arbitrage voudrait que les litiges propres à chacun de ces contrats soient traités en fonction des clauses auxquelles les parties ont consenti. Toutefois, le risque serait alors que chaque juge ne puisse être confronté à l'entièreté du litige. La position des arbitres peut être de conclure à l'indivisibilité des contrats[1486] voire pour le juge étatique saisi, de faire échec à l'effet négatif du principe compétence-compétence et valider le recours à ce juge étatique[1487].

373. – Désavantages de l'arbitrabilité. Cependant, il existe aussi des désavantages au recours à l'arbitrage en la matière compte tenu de la multiplicité des instruments contractuels dans les chaînes de distribution et du rapport de force entre la tête du réseau et les commerçants affiliés, sans parler du coût de l'arbitrage peut être relativement élevé pour la partie faible et du fait que l'information entre les différentes parties risque d'être asymétrique.

Par exemple, un producteur qui souhaite s'implanter dans un autre pays pourrait confier la commercialisation de ses produits à un distributeur indépendant de ce pays, notamment du fait de la parfaite connaissance par celui-ci du marché local. Ainsi, si le contrat entre le producteur et le distributeur contient une clause compromissoire, la question de la validité de cette clause, en cas de conflit, se pose.

En effet, les règles du droit de la distribution, comme celles du droit de la concurrence, sont imprégnées d'ordre public, ce qui rend leur arbitrabilité floue, notamment au regard des règles du siège de l'arbitrage. En droit belge, par exemple, les règles de la loi de 1961 gouvernant la rupture des contrats de concession, protectrices des concessionnaires, supposent l'application exclusive des lois belges. Cependant, selon une étude de la CCI, les affaires d'arbitrage strictement relatives à des questions touchant des contrats de distribution font partie des 5 % des affaires d'arbitrage soumises à la CCI en 2015.

374. – Plan. Il convient donc de se pencher sur l'arbitrabilité des litiges relevant du droit de la distribution et sur les raisons de cette arbitrabilité (1°), ainsi que sur les cas inarbitrables et les raisons de ceux-ci (2°).

1° L'arbitrabilité des litiges concernant le droit de la distribution

375. – L'arbitrabilité des contrats de distribution ne pose aucun obstacle de principe[1488], sauf dans certaines circonstances où des règles du droit de la concurrence, parfois très spécifiques, ont vocation à s'appliquer[1489], la Cour de cassation considérant

---

[1486] V. par ex. : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-22.930, Amiens, 10 janv. 2019, n° 17/01699 et 17/01741, et V. *infra,* n° 606.

[1487] T. com. Rennes, 26 janv. 2021, n° 2019F00381.

[1488] V. toutefois : T. com. Paris, 13 oct. 2020, *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay ; v. plus gén. : M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Traité des contrats de distribution*, LGDJ, 1990, n^{os} 705 et s. – L. du Jardin et *al.*, *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Bruylant, 2006. – C.Q.C. Truong, *Les différents liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, préf. Ph. Fouchard, Litec, 2002.

[1489] V. *supra*, n° 359.

cependant que la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat de distribution ou en relation avec celui-ci n'est pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de la partie présente un lien avec le contrat de distribution[1490]. Peu importe que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables. Il appartient donc à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence, y compris pour englober, dans le traitement du litige, des éléments connexes, comme relevant de prétentions de concurrence déloyale par exemple, ou pour attirer des contrats, comme des contrats d'application.

Si la Commission européenne n'a d'ailleurs pas toujours été en faveur de l'arbitrage par peur que celui-ci ne détourne l'interdiction des ententes[1491], différents textes européens invoquent aujourd'hui des recours à l'arbitrage comme, par exemple, le règlement sur la distribution automobile[1492] (art. 3, § 6), aujourd'hui obsolète, et les projets sur les actions en dommages et intérêts (Livre vert sur les recours collectifs, 27 nov. 2008, qui évoque les « procédures alternatives de règlement des litiges »).

2° Cas des litiges inarbitrables

376. – Tempéraments de l'arbitrabilité. Il faut rappeler que, malgré la pleine latitude de l'arbitre pour apprécier sa compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, si la clause est manifestement inapplicable l'arbitre doit s'abstenir[1493], comme c'est le cas dans l'hypothèse où une « action du ministre » de l'article L. 442-4 du Code de commerce serait engagée[1494]. Malgré cette évolution, l'arbitre ne peut toujours pas poser de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, ni saisir pour avis la Commission européenne, par exemple sur des questions touchant aux règles intéressant les contrats d'agence commerciale ou de compétence, ou l'Autorité de la concurrence.

[1490]Cass. 1re civ., 8 juill. 2010 : *D.* 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt. – Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811 : *D.* 2016, p. 1910, note J.-C. Roda ; *D.* 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *AJC* 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; *RTD civ.* 2016, p. 837, obs. H. Barbier.

[1491]Table ronde animée par Th. Clay, *Concurrence, distribution et entreprises : quelles difficultés pratiques et contentieuses ? Comment les gérer ? : Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence : Rev. Lamy dr. aff.* 2013, suppl., p. 83.

[1492]Règl. n° 1400/2002, 31 juill. 2002 : *JOCE* n° L 203, 1er août 2002. L'article 3.6 de ce texte reprend l'article 5.3, alinéa 2, *in fine* du règlement de la Commission n° 1475/95 du 28 juin 1995. Sur l'incidence de l'insertion d'une clause résolutoire de plein droit, V. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-421/05, *City Motors Groep NV : D.* 2007, act. jurispr. 440, obs. E. Chevrier ; *Europe* mars 2007, comm. 100, dont les solutions s'appliquent également à l'arbitre.

[1493]Dans une récente affaire, le ministre de l'Économie et des Finances, usant des pouvoirs que lui confère l'article L. 442-6, III, du Code de commerce, a engagé une procédure judiciaire devant le tribunal de commerce de Paris en annulation des clauses compromissoires contenues dans les contrats de franchise Subway. Le ministère estimait que les clauses compromissoires des contrats de franchise Subway étaient déséquilibrées. L'action a été accueillie par le tribunal de commerce qui a annulé les clauses du contrat Subway. Le tribunal a estimé que, « sauf rarissime exception », un commerçant français ne pourrait spontanément accepter d'être soumis au droit néerlandais ou du Liechtenstein, « pays dont il ne connaît pas la langue et encore moins le droit », que, d'autre part, la clause compromissoire, est « éloignée du champ juridique dans lequel opèrent en France les commerçants de détail », et que, enfin, le déséquilibre n'est pas compensé par d'autres clauses du contrat. Cette décision, si elle devait être confirmée, inciterait tous les franchiseurs, notamment étrangers, à s'adapter. V. T. com. Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123.

[1494]Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811, préc. ; Trib. com. Paris, 13 oct. 2020, préc..

F. – Le droit maritime

377. – Rattachement à la matière commerciale et histoire d'une relation intime. Le droit maritime se réfère aux règles juridiques relatives à la navigation qui se fait sur la mer[1495]. L'arbitrage maritime, qui a pour objet le règlement des litiges issus du droit maritime, est considéré comme distinct de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement[1496]. Aujourd'hui, la navigation maritime est un prodigieux vecteur pour le commerce international et la mondialisation de l'économie ; elle est souvent assimilée à la navigation commerciale. Selon le rapport annuel 2018 de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), 80 % des échanges mondiaux en volume sont transportés par mer[1497]. D'ailleurs, historiquement, le domaine maritime est à l'origine tant du droit du commerce international que de l'arbitrage moderne. Dès le XVII[e] siècle, des litiges commencent ainsi à être réglés par voie d'arbitrage et, en France, cette arbitrabilité se vit consacrée *de jure* dès 1681 à l'occasion de la grande ordonnance de la marine d'août 1681. L'arbitrage devint alors un mode naturel de règlement des litiges dans ce domaine. Il ne fait pas de doute que l'arbitrage doit beaucoup au domaine maritime, non seulement parce qu'il fournit la matière à de nombreux litiges relatifs au commerce qui utilise les flux maritimes, mais aussi parce qu'il a été parmi les premiers ensembles de règles à écarter l'inarbitrabilité fondée sur l'ordre public. C'est ainsi que, dans l'affaire *Galakis* de 1966[1498], les tribunaux ont confirmé que la prohibition de l'arbitrage prévue à l'article 2060 du Code civil n'était pas applicable à un contrat international passé pour les besoins du commerce maritime (V. *supra*, n° 270).

378. – Arbitrage maritime. L'arbitrage maritime est souvent considéré comme spécifique : son objet particulier nécessitant une expertise propre au domaine, il est parfois perçu comme un arbitrage professionnel, conçu par des professionnels et pour des professionnels[1499]. Ce besoin d'expertise se retrouve par l'existence d'institutions et de règles propres. Il existe à travers le monde de multiples institutions et associations spécifiques à l'arbitrage maritime. On retrouve ainsi, à New York, la *Society of Maritime Arbitrators* (SMA)[1500], à Londres le fameux *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA)[1501], à Tokyo la *Tokyo Maritime Arbitration Commission of the Japan Shipping Exchange* (TOMAC), ou encore, à Paris, la Chambre arbitrale maritime de Paris (CAMP), qui dispose de son propre règlement d'arbitrage maritime[1502].

[1495]Ph. Delebecque, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 13[e] éd., 2014, p. 1, citant R. Rodière, *Le droit maritime*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1980, n° 1252.

[1496]S. I. Strong, *Representative claims in Arbitration : Lessons From Lloyds : Kluwer Arbitration Blog* 13 avr. 2016.

[1497]UNCTAD, *Étude sur les transports maritimes 2018*, UNCTAD/RMT/2018, p. 25 (https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/rmt2018_fr.pdf).

[1498]Cass. 1[re] civ., 2 mai 1996, n° 61-12.255, *Trésor public* c/ *Galakis : Bull. civ.* 1996, I, n° 256.

[1499]Ph. Delebecque, *L'arbitrage maritime : Une Lex maritima pour l'UPM*, intervention au Colloque Méditerranéen – Acte IV : Journées de Tunis, Rives Sud, 11-12 avr. 2014, n° 9, publié *in* F. Osman et L. Chedly, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage*, Bruylant, 1[re] éd., 2015, p. 63-69.

[1500]Qui existe depuis 1963 et qui aurait publié plus de 4 200 sentences depuis (V. Tai-Heng Cheng et *al.*, *International Arbitration in the United States*, Kluwer Law International, 2017, p. 759).

[1501]Qui aurait, en 2020, publié plus de 500 sentences arbitrales et ses membres auraient reçu plus de 3 000 nominations (V. le site Internet de la LMAA : https://lmaa.london/about-lmaa/).

[1502]Consultable à www.arbitrage-maritime.org/fr/2_arbitrage.php. Siège également à Paris le Comité permanent d'arbitrage maritime CCI-CMI. Depuis 1978, la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Comité maritime international (CMI) ont élaboré ensemble une série de règles spécifiques à l'arbitrage maritime.

379. – Problème fréquent de consentement, moins d'arbitrabilité. L'usage des clauses compromissoires dans le domaine maritime est ancien et fréquent[1503]. Cependant, le commerce maritime se caractérisant par une multiplicité des intervenants et de contrats (« connaissements », chartes parties, contrats d'affrètement…), il est souvent question de savoir quelles sont les parties liées par ces contrats[1504], bien plus que d'arbitrabilité.

380. – Spécificité des arbitrages maritimes et rattachement à la matière commerciale. L'objet de l'arbitrage maritime est spécifique[1505]. On songe essentiellement aux activités impliquant la navigation, à savoir le transport, l'affrètement et la pêche maritime, mais également la construction ou la réparation et l'exploitation de plateformes en mer, d'engins et dispositifs, de leur équipement, ainsi qu'au reste des activités se rattachant à ces matières comme les activités d'assurance ou de gestion, les opérations de manutention ou encore les opérations multimodales[1506]. Les litiges issus du droit maritime sont arbitrables par principe en raison de leur rattachement à la matière commerciale. Comme déjà indiqué, l'activité de transport de marchandises par voie maritime est l'une des activités du commerce international dans laquelle le règlement du contentieux par arbitrage est le plus répandu[1507]. Ce caractère commercial tire sa source de l'article L. 110-2 du Code de commerce qui répute comme « actes de commerce » une série d'opérations liées de près ou de loin à l'activité maritime (construction d'un navire, assurance touchant au commerce de mer, contrats avec l'équipage…). En plus de son caractère commercial, le droit maritime est un droit par nature international, au sens premier, puisqu'il met en jeu, par définition, des frontières et parce que la quasi-totalité des échanges commerciaux effectués par mer concernent des pays étrangers.

381. – Les limites à l'arbitrabilité du droit maritime. En droit comparé, des lois nationales excluent ou limitent l'arbitrabilité de certains aspects des litiges de droit maritime. Par exemple tout accord conclu avant la survenance d'un litige et imposant le lieu d'arbitrage en dehors de l'Égypte est nul en droit égyptien, le défendeur devant pouvoir choisir le lieu d'arbitrage qui lui convient[1508]. Ce type de protection existe également en Tunisie[1509], où la convention d'arbitrage n'est pas autorisée à se rapporter à des litiges relatifs au transport maritime de passagers sauf si une convention d'arbitrage est conclue après la naissance du litige.

[1503] C. Legros, *Arbitrage et transport*, in *La lettre de la Chambre arbitrale internationale de Paris* déc. 2015, n° 9, dossier 10, p. 2.

[1504] Par ex. : armateur, fréteur, affréteur, courtier, capitaine, chargeur, transporteur, destinataire, tiers porteur du connaissement, commissionnaire, transitaire, manutentionnaire, assureurs… ; V. *infra*, n° 628.

[1505] En 2018, la CAMP a rendu quatre sentences à l'occasion de litiges concernant un contrat d'assurance maritime, la responsabilité du transporteur en cas d'avaries à une cargaison, la responsabilité quant à un accident intervenu pendant la manutention d'un aspirateur et une benne preneuse utilisés pour le déchargement d'une cargaison de blé, et la responsabilité du fréteur quant au dommage causé par la pluie à une cargaison.

[1506] Règl. d'arbitrage CAMP, art. I : « Compétence de la Chambre ».

[1507] C. Legros, *Droit maritime – Arbitrage et connaissement : Rev. dr. transp.* sept. 2008, n° 9, dossier 10, p. 1.

[1508] *Alexandria Oil and Soap Company* v. *Alexandria Marine Agencies Company*, Cour de cassation égyptienne, ch. com., 595/63, 28 févr. 2006, *International Journal of Arab Arbitration*, 2009, vol. 1, Issue 3, p. 111.

[1509] Code tunisien de commerce maritime (2010), art. 162.

§ 4. – Les (in)arbitrabilités couvrant diverses matières civiles ou rattachées

382. – Le droit civil est au cœur du droit français, celui qui le sépare d'autres systèmes juridiques notamment dits de *common law*. Bien qu'il puisse se définir strictement, il est aussi le droit commun d'une société, celui qui n'est ni économique, ni public, ni pénal… Parce qu'il touche à toutes les relations entre citoyens, c'est un droit par défaut et c'est à ce titre que l'on y inclura, plus par commodité, des matières qui le dépassent souvent, comme le droit de la propriété intellectuelle (B), du sport (E) ou de la santé (C). Plus fondamentalement, on y trouvera le droit immobilier (A) et le droit de la famille (D).

A. – Le droit immobilier

383. – Matière large et disponible. La matière immobilière, qu'il n'est pas toujours aisé de délimiter tant elle est transversale (droit civil, professionnel ou commercial, privé, ou public, opérations de vente, de location, de construction, questions de propriété, de superficie, d'infrastructures, d'environnement, de droits contractuels ou encore de saisies, *etc.*), désigne ici de façon large tous les litiges relatifs à un bien réel immobilier, sa circulation, sa destination ou encore sa jouissance. Le droit immobilier regroupe l'ensemble des règles juridiques concernant les biens immobiliers, par opposition aux biens mobiliers[1510]. Il n'est d'ailleurs pas rare, dans les arbitrages d'investissement, que le litige sous-jacent porte sur une matière immobilière[1511], dans la mesure où sont souvent en jeu des questions d'expropriation d'un immeuble. Il s'agira ici de se concentrer sur quelques opérations immobilières susceptibles de présenter des points de frottement avec l'arbitrage : la vente, le bail et le règlement de copropriété peuvent-ils valablement comporter une clause compromissoire ?

À première vue, la question ne devrait pas, ou plus, poser grande difficulté. D'abord, la matière, souvent présentée comme civile par essence, n'est plus – depuis 2001 – exclue du champ de validité de la clause compromissoire selon l'article 2061 du Code civil, *a fortiori* depuis 2016. Par ailleurs, le droit immobilier reste un droit patrimonial *per se*, donc en principe « disponible » selon l'article 2059 du Code civil, ce qui satisfait à la condition d'arbitrabilité objective[1512]. Pourtant, comme en matière de propriété intellectuelle, la propriété immobilière peut toucher à l'ordre public, a vocation, contrairement à l'arbitrage, à produire des effets *erga omnes*, et peut faire l'objet d'une compétence judiciaire exclusive de l'ordre juridique dans lequel est situé l'immeuble[1513], sans oublier le souci de ne pas morceler un contentieux réel immobilier, souvent protéiforme. Toutes ces considérations peuvent expliquer d'ailleurs pourquoi, en droit comparé, certains systèmes ou tribunaux étrangers[1514] jugent inarbitrables les litiges *in rem*.

[1510] N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Dalloz, 8e éd., 2020, nos 51 et s.

[1511] Il est ainsi révélateur de noter que la première affaire CIRDI a porté sur un litige hôtelier et immobilier (*Holiday Inns and others* v. *Morocco* – ICSID Case n° ARB/72/1) ; V. plus généralement : A. Lehavi et A.N. Lichts, *BIT's and pieces of property : The Yale Journal of International Law* 2011, vol. 36, p. 115-166.

[1512] V. CA Paris, 12 nov. 2019, n° 17/11962, *Immosport*, confirmant que la matière immobilière est bien arbitrable.

[1513] V. en ce sens en droit de l'Union européenne : Règl. n° 22/2001, art. 22.1.

[1514] La loi dominicaine n° 489-08(1) (art. 3-1) relative à l'arbitrage commercial du 19 décembre 2008 (V. le texte in *Rev. arb.* 2009, p. 661) exclut « le logement » des matières arbitrables ; de même que la loi autrichienne

384. – Un libéralisme qui tarde à être consacré en droit positif. S'agissant de cessions foncières en revanche, il semble que l'arbitrabilité des litiges qui y sont relatifs ait été indirectement validée par la Cour de cassation[1515], même si l'opération était en réalité internationale et résultait d'un compromis, ce qui fait donc persister un doute[1516], du moins en droit interne : celle-ci a pu en effet affirmer qu'« il était loisible aux parties susceptibles d'être propriétaires de l'immeuble, de la bibliothèque et du fonds, de soumettre ce litige au tribunal arbitral ».

385. – Baux. En matière de litiges concernant des contrats de bail, le départ n'est plus à faire, comme ce fut longtemps le cas, entre les matières civile et commerciale, mais selon le critère de « l'activité professionnelle » prévu à l'article 2061 du Code civil, dans sa rédaction d'après 2001, et désormais obsolète depuis 2016, afin de permettre de valider les clauses d'arbitrage insérées dans des baux conclus à raison d'une activité artisanale, libérale ou agricole[1517]. En réalité, les baux de droit commun et professionnels soumis au régime (libéral) du Code civil (art. 1713 et s.) et pour l'essentiel à des règles supplétives, ne posaient pas et ne posent pas vraiment de difficultés, *a fortiori* s'agissant de la conclusion d'un compromis[1518] qui reste admis pour tout type de baux. Au contraire, le droit spécial et protecteur des baux ruraux, d'habitation et même commerciaux, soumis à un cadre réglementé, protecteur et impératif (fixation du loyer ou révision du prix, maintien dans les lieux, droit au renouvellement, indemnité d'éviction ou d'occupation), pourrait être un obstacle à la validité d'une clause compromissoire, que la jurisprudence a pu d'ailleurs annuler dans le passé[1519] : le législateur tend alors à protéger certains droits essentiels du locataire ou à réserver la compétence exclusive d'un juge spécifique concernant certains litiges en la matière[1520]. Mais il faut reconnaître que ces arguments ne suffisent plus toujours pour exclure l'arbitrabilité[1521] : une compétence exclusive ne rend pas *per se* un litige inarbitrable[1522] et l'impératif législatif – peu importe de direction (des loyers) ou de protection (du locataire) – peut parfaitement être respecté, voire sanctionné, par l'arbitre[1523]. De même, la distinction entre clause compromissoire et compromis valides par principe n'a pas plus grande pertinence aujourd'hui. La validité de principe de la

---

sur l'arbitrage du 13 janvier 2006 (CPC, art. 582-2) (Loi modificative en matière d'arbitrage 2006 du 13 janvier 2006 : *Gazette Fédérale* I 7/2006. – A. Reiner, *La réforme de droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006 : Rev. arb.* 2006, p. 401). Aux Émirats arabes unis, la Cour de cassation de Dubaï a déjà eu l'occasion de décider de l'inarbitrabilité d'un litige qui implique une inscription au registre foncier (Dubaï Court of Cassation Petition n° 14 of 2012, publiée le 16 septembre 2012 (V. L. Hammoud, H. Arab et G. Lovett [éds], *Summaries of UAE Courts' Decisions on Arbitration*, ICC, 2013, p. 122).

[1515]Cass. 1re civ., 8 oct. 2009, *Bull. civ.* 2009, I, n° 201 ; *Rev. arb.* 2011, p. 126, note L. Perreau-Saussine.

[1516]V. en ce sens : L. Perreau-Saussine, note crit. ss arrêt préc., spéc. p. 137 et 138.

[1517]N. Reboul-Maupin, *Arbitrage et bail : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 104, p. 69, spéc. p. 70.

[1518]V. par ex. : CA Paris, 27 juin 1957, cité *in* P. Ancel, *Conventions d'arbitrage : conditions de fond, litiges arbitrables : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1024, 1986, n° 90.

[1519]Cass. 3e civ., 20 févr. 1969 : *Bull. civ.* 1969, III, n° 165. – Cass. 3e civ., 25 nov. 1975 : *Rev. loyers* 1976, p. 101, en matière de révision du loyer.

[1520]Par ex. C. com., art. L. 145-15 pour le tribunal judiciaire en matière de baux commerciaux (pour une illustration : CA Montpellier, 21 déc. 2011 : *Loyers et copr.* 2012, comm. 209, note Ph.-H. Brault) et COJ, art. L. 441-1 pour les tribunaux paritaires des baux ruraux.

[1521]V. : E. Loquin, *Arbitrage. – Compromis et clause compromissoire : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1020, 2007 (mise à jour en 2014), spéc. n° 99.

[1522]V. en ce sens : Cass. soc., 7 févr. 1948 : *Bull. civ.* 1948, III, n° 148, pour les baux ruraux ; mais, en sens contraire, pour les baux commerciaux : CA Montpellier, 21 déc. 2011, préc.

[1523]N. Rontchevsky, *L'arbitrage dans les baux commerciaux depuis la loi NRE : AJDI* 2002, p. 270, spéc. p. 274, § 18.

clause compromissoire vaut pour la plupart des baux, notamment commerciaux[1524], y compris s'agissant du bail d'habitation, sous la réserve de l'inopposabilité au professionnel, puisque, par définition, le locataire y est censé contracter pour des besoins non professionnels[1525].

386. – Copropriété. La question s'est enfin posée en matière de copropriété : s'agissant du statut de celle-ci, il a été admis que les parties, une fois le litige né, peuvent volontairement soumettre leur différend à l'arbitrage[1526]. La validité de la clause compromissoire insérée dans un règlement de copropriété, annulée par le passé[1527], et difficile à admettre même après 2001, est admise depuis 2016, toujours sous la réserve de l'inopposabilité de la clause par le contractant non professionnel[1528].

B. – Le droit de la propriété intellectuelle

387. – Définition et extension. Le droit de la « propriété intellectuelle », même s'il est fondamentalement une extension du droit des biens, n'est pas circonscrit à la matière civile puisqu'il inclut, strictement parlant, toutes les œuvres de l'esprit, c'est-à-dire les inventions, les œuvres littéraires et artistiques, les dessins et modèles, les signes distinctifs comme les emblèmes, *jingles*, noms et images que l'on retrouve dans le commerce[1529]. Pour les protéger, et permettre aux créateurs de tirer une reconnaissance et/ou un avantage financier de leur travail, la loi a mis en place différentes modalités assurant leur sécurité juridique, *via* le recours à la propriété, telles que les brevets, les droits d'auteur, les droits de marque, *etc.*, organisés autour de deux modèles juridiques : celui du droit d'auteur et celui des droits de propriété industrielle. On aurait tort, cependant, de limiter la question à ces seules questions. Les biens objets d'un droit de propriété incorporelle, en effet, relèvent, tous, du domaine des idées, des informations, lesquelles sont, par nature, de libre parcours. Par conséquent, seules les informations susceptibles de bénéficier, eu égard aux conditions prévues par la loi, d'un droit de propriété incorporelle sont *a priori* concernées, sans épuiser cependant la question. Nombre d'inventions ou de signes distinctifs, par exemple, ne sont pas susceptibles de bénéficier d'un droit de brevet ou de marque. Tandis que, certaines créations, répondant pourtant aux critères de brevetabilité, ou d'enregistrement au titre des droits de marque, ne font pas l'objet d'une telle protection, soit par négligence, soit à dessein, par exemple pour protéger une invention par le secret, ou pour éviter l'obsolescence légale d'un droit de brevet. On peut donc aisément considérer que la matière « propriété incorporelle » couvre aussi la « non-propriété » incorporelle, le savoir-faire, les secrets de fabrique, les tours de main, les secrets d'affaires, *etc.*, protégés ou bien par un contrat, comportant des clauses de confidentialité par exemple, ou bien par les règles du droit de la responsabilité civile, dont les litiges sont, ainsi

---

[1524] J.-P. Blatter, *Liberté contractuelle dans la rédaction des baux commerciaux et modes alternatifs de règlement des conflits : AJDI* 2003, p. 921, spéc. p. 926 ; V. cependant en sens contraire : J. Monéger, *La clause compromissoire insérée dans un bail commercial au regard de la réforme de l'article 2061 du Code civil : RTD civ.* 2001, p. 631, qui considère « réduit », « l'espace laissé à une éventuelle clause d'arbitrage ».

[1525] Et même dans ce cas, l'invalidité ne s'appliquerait pas si l'arbitrage est international ; V. en ce sens (et indirectement pour un bail dit « civil »), Aff. CCI n° 2091, 14 mai 1972 : *Rev. arb.* 1975, note Fouchard, p. 252.

[1526] CA Versailles, 1re ch. A, 25 sept. 1997 : *JurisData* n° 1997-047949.

[1527] Cass. 3e civ., 18 mai 1971, *Cogne* c/ *Épse Chevron : Rev. arb.* 1972, note Ph. Fouchard, p. 60 et s.

[1528] V. à ce sujet : G. Rouzet, *Clause compromissoire et règlement de copropriété : Inf. rap. copr.* 2016, p. 11.

[1529] V. art. 2 (viii), *Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, Stockholm, 14 juill. 1967 (mod. 28 sept. 1979) ; V. J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires*, Lextenso, sept. 2019, n° 651.

considérés, considérables. Il faudrait en outre intégrer les développements du numérique, des algorithmes, *etc.*

Le développement de la valeur immatérielle des biens objets des marchés internationaux a induit une extension du champ d'application de la propriété intellectuelle, qui prend aujourd'hui une place non négligeable dans le commerce international et qui devient arbitrable dans la plupart des ordres juridictionnels[1530]. Les litiges qui naissent de conflits tirés d'une application de règles du droit de la propriété intellectuelle proviennent d'une multitude de différents types de contrats : cession, licence, transfert de savoir-faire et de technologie, autorisation d'utilisation, contrats de recherche et développement, accords de confidentialité, de non-exploitation, de non-divulgation, conventions d'exploitation de nature diverse dont des contrats de société, *etc.*[1531], dans les domaines industriel, militaire, commercial, pharmaceutique, *etc.* Ils mettent en outre en jeu des intérêts privés mais aussi publics en raison du caractère « sensible » de certaines de ces activités, pour des raisons économiques, sanitaires ou militaires où s'invitent les logiques de « l'intelligence économique », de l'espionnage commercial et industriel et des techniques réglementaires de protection de ces industries, par exemple par le canal de la validation d'une opération par une autorité étatique. Ce développement, accompagné de sa diversification, s'est accéléré à partir du tournant du millénaire *via* les technologies de l'information et l'évolution des systèmes de télécommunications[1532]. Éminemment internationaux, parce que l'information et le secteur n'ont ni territoire ni frontières, de nombreux litiges de propriété intellectuelle ont ainsi émergé[1533], souvent techniques et nécessitant une résolution urgente et définitive, avec, en jeu, des données incorporelles commerciales, sensibles, confidentielles et d'une importance parfois capitale. Ces caractéristiques rendent l'arbitrage, justice choisie, flexible, confidentielle et experte, particulièrement attractif, par rapport au système judiciaire, pour des parties impliquées dans de tels litiges et dans ce domaine. Se pose donc, inéluctablement, la question de leur arbitrabilité.

388. – La création de l'OMPI. L'arbitrabilité des litiges dans ce domaine a connu une légitimation certaine avec la création en 1994, sous l'égide de l'OMPI[1534], organisme rattaché à l'ONU, d'un centre d'arbitrage dédié et spécialisé dans la résolution des litiges en matière de propriété intellectuelle. Avec un nombre d'affaires

---

[1530]J. de Werra, *Arbitrage et propriété intellectuelle : (aussi) une question contractuelle : Propr. intell.* 2013, p. 24. – B. Moreau, *Intérêt de l'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle*, in *Arbitrage et Propriété Intellectuelle*, Librairies Techniques, 1994, p. 7-8. – T. Cook, A. Garcia, International Intellectual Property Arbitration, Zolters Kluwer, 201à ; R. A. H. Vary, *Arbitration of FRAND Disputes in SEP Licensing*, *in* J. V. H. Pierce et P.-Y. Gunter (dir.) *The Guide to IP Arbitration*, 1re ed., 2021 ; Th. Halket, Arbitration of International Intellectual Property Disputes, 2e ed., 2021, Juris. ; V. égal. concernant l'évolution des litiges en matière de propriété intellectuelle, les chiffres fournis par l'enquête internationale sur le règlement des litiges de 2016 menée par l'université Queen Mary de Londres, s'étant concentrés spécifiquement sur les litiges relatifs aux technologies, aux médias et aux télécommunications (TMT) ; ces chiffres montrent que 82 % des participants indiquent qu'il y aura une augmentation du recours à l'arbitrage pour résoudre les conflits de TMT dans les années à venir.

[1531]B. Hanotiau, *L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle*, in *La résolution des litiges de propriété intellectuelle*, J. de Werra (éd.), Bruylant, LGDJ et Schulthess, 2011, p. 157.

[1532]*Rapport final sur les litiges en matière de propriété intellectuelle et l'arbitrage : Bull. CCI* mai 1998, vol. 9, n° 1, p. 38, spéc. p. 39.

[1533]En 2012, quarante-six nouveaux arbitrages CCI ont porté principalement sur des contrats de propriété intellectuelle, correspondant à 5,1 % du total (V. Rapport statistique : *Bull. CCI* 2013, n° 1, p. 5 et s.).

[1534]www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors.

encore modeste mais en progrès[1535], le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI[1536] se caractérise par sa liste d'experts spécialisés en technologies de l'information (notamment le nom de domaines) arts, énergies, sciences de la vie, sports…, avec une procédure accélérée disponible, la possibilité de recourir à des mesures provisoires. Par ailleurs, de nouveaux centres se sont développés, comme la Cour européenne des brevets dont le siège de la Division centrale est à Paris, un centre d'arbitrage à Ljubljana et un centre de médiation à Lisbonne[1537].

389. – L'exemple des litiges « pharma ». Les parties à un litige en matière de propriété intellectuelle ont toujours cherché à obtenir un jugement par le biais des tribunaux nationaux, mais de plus en plus l'industrie pharmaceutique s'est révélée devenir un secteur propice à l'arbitrage[1538]. Ce contentieux peut être de nature contractuelle et générale (et, par ex., concerner des actions en concurrence déloyale ou de ventes d'actions contre des paiements relatifs à des essais cliniques) ou être plus spécifiquement inhérent à certains secteurs industriels (informatique, pharmaceutique, nucléaire, militaire, *etc.*). Dans les secteurs, en pleine croissance[1539], de la pharmacie et biotechnologie, les litiges peuvent survenir à plusieurs stades différents d'une société dite « des sciences de la vie » : dès le départ (par ex., les litiges relatifs à la co-invention et à l'octroi de licences) ou plus tard (par ex., un litige entre une *startup* de biotechnologie et une grande société pharmaceutique concernant une fusion ou une acquisition ; ou encore concernant la promotion et/ou la commercialisation de produits)[1540].

390. – Exclusion d'origine. Les litiges en matière de propriété intellectuelle n'étaient pas, à l'origine, considérés comme arbitrables en raison du fait que certains droits dérivaient d'une protection légale *erga omnes* admise sur le plan national et par les pouvoirs publics, comme tout titre de propriété d'ailleurs. À titre d'exemple, en

---

[1535]Notamment, les procédures déposées auprès de l'OMPI représentent pour 42 % des questions de brevets ; pour 23 % des litiges relatifs aux télécommunications et à l'informatique ; pour 12 % les marques ; pour 6 % les droits d'auteur ; et pour 17 % d'autres domaines juridiques ; V. I. de Castro et Ch. Spencer, *L'expérience du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) : Rev. arb.* 2014, p. 355, spéc. p. 358.

[1536]I. de Castro et Ch. Spencer, *L'expérience du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) : Rev. arb.* 2014, p. 355.

[1537]A. Pezard, *Arbitrage et propriété intellectuelle – Introduction : Newsletter de l'AFA* sept. 2015, n° 17.

[1538]Notamment, une étude des grandes entreprises pharmaceutiques, publiée par l'industrie Drug Discovery Today, a révélé qu'entre 1995 et 2005, aucune des sociétés cotées n'avait tiré plus de 20 % de ses revenus des marchés émergents. En revanche, au cours de la décennie suivante, de 2005 à 2015, la plupart des grandes entreprises pharmaceutiques ont vu la taille de leurs revenus provenant des marchés émergents augmenter d'au moins 25 %, ce chiffre pouvant atteindre 35 % pour un acteur majeur. V. E. Stein, *International arbitration and the globalisation of life sciences : CDR* déc. 2016 (https://iclg.com/cdr/expert-views/6953-international-arbitration-and-the-globalisation-of-life-sciences). Depuis l'épidémie du COVID-19, les entreprises pharmaceutiques se sont engagées dans des courses aux vaccins. Les règlementations des prix, les licences obligatoires ainsi que les dérogations aux protections de la propriété intellectuelle, prévues par les États afin de permettre un accès plus large aux vaccins COVID-19, sont des points d'intersection problématiques entre la politique gouvernementale et le secteur pharmaceutique. Une hausse des litiges entre les laboratoires pharmaceutiques et les États devant les tribunaux arbitraux d'investissement sur les fondements du traitement juste et équitable et l'expropriation est envisageable. L'arbitrage FRAND (Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory) pourrait être un moyen de résoudre ces types de différends.

[1539]V. extrait : *Bull. CCI* 2018, n° 2, p. 61 : 6 % des affaires de la CCI déposées en 2017 concernaient le secteur de la santé, des produits pharmaceutiques et des cosmétiques, alors que la construction et l'ingénierie représentaient 23 %, soit la part la plus importante de toutes les nouvelles affaires déposées cette année-là.

[1540]L. Lindsay, P. Goz et S. Bejarano, *Arbitration in The Life Sciences and Pharmaceutical Sector*, Corporate Disputes, oct.-déc. 2017.

France, le législateur a longtemps prohibé le recours à l'arbitrage pour les litiges de propriété industrielle : en 1844, toutes les actions relatives aux brevets étaient rendues communicables au ministère public, tandis que l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile prohibait l'arbitrage pour les litiges sujets à ces communications. S'en est ensuite suivie la compétence exclusive au profit des tribunaux de grande instance, pour tous les litiges relatifs aux marques et brevets[1541]. De plus, l'article 2060 du Code civil qui interdit l'arbitrage dans les matières qui intéressent l'ordre public allait dans ce sens, puisque les litiges en matière de propriété intellectuelle relèvent de l'ordre public[1542]. En effet, les brevets, marques, *etc.*, sont délivrés par des autorités publiques, ils seraient un acte de puissance publique et ils restreindraient la liberté du commerce et de l'industrie. À partir de la fin du XX^e^ siècle, une nette évolution en faveur de l'arbitrabilité dans ce domaine est apparue. Au cours de la dernière décennie[1543], le fossé entre le droit de la propriété intellectuelle et l'arbitrage s'est progressivement comblé, juges et législateurs ayant ouvert la voie à la possibilité pour les arbitres d'examiner des litiges auparavant considérés comme inarbitrables[1544].

391. – L'arbitrabilité relative en matière de brevets. L'arbitrage en matière de brevet existe en droit positif français depuis une loi du 13 juillet 1978 et dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI) depuis sa création en 1992. Si les évolutions législatives ont permis d'élargir le champ de l'arbitrabilité, certaines questions liées à la matière restent inarbitrables : la question de la validité d'un brevet n'est pas arbitrable, tandis que le sont les questions relatives à l'exécution ou l'interprétation d'un brevet[1545]. Une décision plus récente a même atténué la portée de cette inarbitrabilité en énonçant que, si la question de la validité d'un brevet n'était pas arbitrable à titre principal, elle l'était à titre incident, dès lors qu'elle n'avait d'effet qu'entre les parties et que la décision de l'arbitre sur la validité du brevet n'avait d'incidence que sur le sort du contrat qui formait l'objet du litige[1546]. Cette admission partielle de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets a été confirmée par l'arrêt *Victocor Technologies* du 12 juin 2013[1547], où la Cour de cassation a rejeté un pourvoi au motif que le tribunal arbitral, qui s'était limité à retenir de manière incidente que l'objet des demandes de brevet contestées par un cocontractant figurait déjà dans l'état de la technique, sans se prononcer sur la validité des brevets à titre principal, n'avait méconnu ni sa mission, ni le principe de la contradiction, ni l'ordre public international[1548]. Il demeure que l'arbitrabilité s'agissant des effets produits par les brevets est exclue pour les litiges s'y rapportant et reste de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, conformément à l'article L. 615-17, alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle[1549].

[1541]L. 31 déc. 1964 et 2 janv. 1968.

[1542]G. Bonet et Ch. Jarrosson, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, in *Arbitrage et Propriété Intellectuelle*, Librairies Techniques, 1994, p. 61.

[1543]V. Y. Derains et L. Kiffer, *National Report for France (2013 through 2018)*, *in* L. Bosman (éd.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, ICCA & Kluwer Law International 2019, suppl. n° 99, juin 2018, p. 1-98, spéc. p. 25.

[1544]Sur l'arbitrabilité des litiges en matière de propriété intellectuelle, V. T. Cook et A. Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, chap. 4, p. 49 et s.

[1545]V. CA Paris, 27 mars 1994, *Sté Deko* c/ *C. Dingler et Sté Meva : Rev. arb.* 1994, p. 515, note Ch. Jarrosson.

[1546]V. CA Paris, 28 févr. 2008, *Doo* c/ *SA Diebolt : Rev. arb.* 2009, p. 168, note T. Azzi.

[1547]V. Cass. 1^re^ civ., 12 juin 2013, n° 12-16.864, inédit.

[1548]J.-C. Tristant et C. de Raignac, *Brevet et arbitrage : fin d'une controverse ? : Newsletter de l'AFA* sept. 2015, n° 17.

[1549]G. Augendre, Dossier « Arbitrage et Propriété Intellectuelle » : *Newsletter de l'AFA* sept. 2015, n° 17, p. 1.

392. – Les marques et droits d'auteur. Contrairement aux brevets, très attachés à la notion civile de propriété, les marques sont une matière éminemment commerciale, ce qui explique que l'article 35 de la loi sur les marques dispose que les contrats de marque[1550] peuvent faire l'objet d'un arbitrage, ce que confirme l'article L. 716-4 du Code de la propriété intellectuelle : est arbitrable le contentieux d'exploitation d'une marque. La loi du 17 mai 2011 pour la simplification et l'amélioration de la qualité du droit a également étendu la possibilité de recours à l'arbitrage pour les titres de propriété intellectuelle, comprenant notamment la gestion des marques. Demeure une limite : l'article L. 717-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les juridictions étatiques sont seules compétentes en matière de marques communautaires[1551]. La loi de 2011[1552] a favorisé expressément le contentieux arbitral des droits d'auteur en modifiant l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose désormais que : « Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil ». L'arbitrage reste toutefois et en principe exclu[1553] pour les litiges touchant au droit moral de l'auteur, un droit extrapatrimonial qui serait indisponible[1554].

393. – Domaines du futur : sports et jeux vidéo. Plusieurs éléments du secteur sportif peuvent donner lieu à des litiges en matière de propriété intellectuelle, tels que les équipements, qui relèvent des brevets, la marque des événements, la diffusion (télévisée ou sur Internet) des événements sportifs, qui relève du droit d'auteur. Si le Tribunal arbitral du sport (TAS) connaît aussi de ces litiges, ils sont aussi pour beaucoup de nature commerciale (*sponsoring*, organisation de manifestations sportives, transferts de joueurs), salariale et disciplinaire[1555]. Le secteur des jeux vidéo, qui représente désormais un marché colossal, met justement en jeu des éléments audiovisuels (par ex. des images, des enregistrements vidéo et des sons) et des logiciels qui permettent aux utilisateurs d'interagir dans un monde virtuellement conçu. Avec la question juridique qui se pose encore : comment faut-il alors classer les jeux vidéo, en tant qu'œuvre multimédia, œuvre audiovisuelle ou programme informatique et quelles sont les implications d'une telle classification pour les litiges en matière de propriété intellectuelle ?

394. – Droit comparé. Aujourd'hui, la plupart des juridictions semblent reconnaître un certain degré d'arbitrabilité, avec plus ou moins de restrictions. Les moins contraignants sont sans doute les États-Unis (et le Canada)[1556] où tous les litiges en matière de propriété intellectuelle sont par principe arbitrables (y compris pour la

---

[1550] V. L. n° 64-1360, 31 déc. 1964, sur les marques de fabrique, de commerce ou de service.

[1551] C. Dupeyron et V. Dahan, *Quel avenir pour l'arbitrage en matière de marques ? : Newsletter de l'AFA* sept. 2015, n° 17.

[1552] V. L. n° 2011-525, 17 mai 2011, art. 196.

[1553] V. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 4e éd., 2001, n° 122, p. 201. – A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e éd., 2000, nos 372 et s. Sur le droit moral objet d'un contrat, V. plus spécialement P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse, Paris, 1985.

[1554] V. CA Paris, 26 mai 1993, *Zeldin* c/ *Sté Editions Recherches : RIDA* 1994, n° 1, p. 292, obs. Kerever.

[1555] V. *infra*, n° 412.

[1556] V. B. Hanotiau, *L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle : une analyse comparative : Bull. ASA* 2003, p. 3, spéc. p. 12 ; V. Cour d'appel du Québec, district de Montréal, 18 avr. 2001, [2001] J.Q. n° 1510, qui énonce une limite en matière de droit d'auteur en décidant que l'article 37 de la loi sur le droit d'auteur conférait une compétence exclusive aux tribunaux étatiques, à l'exclusion des tribunaux arbitraux, à l'égard de toute procédure relative à l'application de cette loi.

validité des brevets, marques et droits d'auteur)[1557]. Le droit suisse est également très libéral en la matière, puisqu'il va jusqu'à accepter qu'une sentence arbitrale prononçant la nullité d'un brevet puisse permettre la radiation dudit brevet du registre de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, après que le juge compétent au siège du tribunal arbitral l'a certifié comme exécutoire[1558]. D'autres pays sont bien plus restrictifs : par exemple, le droit italien, comme en France, ne permet pas d'arbitrer la validité des brevets et des marques[1559], tandis que ceux concernant les litiges impliquant les droits contractuels librement convenus et ne mettant pas en cause la validité du brevet ou de la marque le sont. Le droit sud-africain est plus restrictif encore puisque l'arbitrabilité des litiges relatifs aux brevets est tout simplement exclue[1560].

Encart 16

« Art-bitrage »

395. – Si les philosophes enseignent que l'œuvre d'art est une finalité sans fin, désintéressée et universelle, sa réalité, un peu comme l'arbitrage ou le sport, est aussi celle d'un marché, souvent international, où le beau s'apprécie au juste prix, parfois vertigineux. Et il arrive que l'arbitrage croise justement son chemin en y trouvant une variété de parties privées (artistes, maisons de vente aux enchères, collectionneurs, marchands d'art intermédiaires), ou (semi-)publiques (fondations, musées, États)[1561] et des contentieux, contractuels (comme la vente ou le prêt d'une œuvre d'art) ou non (comme la question de la restitution d'une œuvre spoliée pendant une guerre)[1562]. Signe des temps, outre l'OMPI qui s'intéresse à la question, puisque c'est aussi et d'abord un sujet de propriété intellectuelle, une « Cour arbitrale pour l'art » (*CAfA* ou *Court of Arbitration for Art*) a été créée en 2018 à La Haye, aux Pays-Bas, avec un règlement qui se veut adapté aux spécificités du marché de l'art, notamment

---

[1557]V. U.S.C., art. 35, § 294, l'arbitrage volontaire et obligatoire des litiges en matière de validité, d'opposabilité et de contrefaçon des brevets ; en ce qui concerne le droit d'auteur, les États-Unis n'ont pas légiféré, mais la jurisprudence admet néanmoins que les litiges relatifs aux contrats de licence de droit d'auteur puissent être arbitrés : V. not. *Saturday Evening Post Co.* v. *Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F. 2d 1191, 1198-99 (7 Cir. 1987).

[1558]Feuille suisse des brevets, dessins et marques 1976, I, 9/10, Perret, p. 56 ; Troller, *Specific aspects of intellectual property disputes in arbitration, the Swiss perspective*, p. 155, 159 ; Lew, *ICC Working party on intellectual property disputes and arbitration*, p. 15. – Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris, 1999, p. 87.

[1559]Arrêtés royaux, 29 juin 1939, n° 11277 (art. 78) et 21 juin 1942, n° 929 (art. 59).

[1560]L'article 18 (1) de la loi sur les brevets de 1978, encore en vigueur, dispose que : « Aucun tribunal autre que le commissaire n'aura compétence en première instance pour entendre et décider les affaires (…) se rapportant à tous sujets visés par cette loi ».

[1561]M. Audit, *L'arbitrage dans l'accord relatif au Louvre d'Abou Dhabi : Rev. arb.* 2007, p. 937.

[1562]V. par ex. la fameuse affaire autour du tableau de Gustav Klimt (adaptée au cinéma dans « Woman in Gold », 2015) : *M. Altmann et al.* c/ *Rép. d'Autriche*, sent. arb., 16 janv. 2006 ; une autre sentence a été rendue par le même tribunal : *M. V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley* c/ *République d'Autriche,* sent. arb., 7 mai 2006 (http://bslaw.com/altmann/Zuckerkandl/Decisions/decision.pdf) ; V. à ce sujet : A. Bandle et S. Theurich, *Alternative Dispute Resolution and Art-Law – A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre : Journal of International Commercial Law and Technology* 2011, vol. 6, n° 1, p. 28.

en matière d'authentification d'œuvres d'art[1563]. Par ailleurs, Art Basel, la plus importante foire d'art moderne au monde, a adopté en 2017 un mécanisme lui permettant de lutter contre les spoliations et la contrefaçon en instaurant une procédure disciplinaire contre ses exposants (même si, pour l'heure, un recours contre ces décisions disciplinaires n'est pas prévu *via* l'arbitrage)[1564]. L'arbitrage est aussi particulièrement efficace pour les litiges relatifs aux droits d'auteur, aux cessions marchandes ou frauduleuses, aux héritages ou partages d'une succession[1565]. Il reste que, si l'arbitrage, notamment par son expertise, son internationalité et sa confidentialité, sait s'adapter aux litiges « artistiques »[1566], peu de ces contentieux finissent cependant devant un arbitre, sauf peut-être dans un cadre germanophone, soit parce que l'arbitrage est justement inconnu des acteurs, soit parce qu'ils se prêtent plus à la médiatisation[1567].

C. – Le droit de la santé

396. – L'arbitrage en matière médicale et sanitaire. En matière médicale, autre domaine qui se rattache au droit civil tout en le dépassant, la clause compromissoire est valable dans l'ensemble des contrats conclus entre médecins mais également entre médecins et établissements (privés) de santé, du fait de leur activité professionnelle avant 2016[1568] et, désormais, en toute circonstance, y compris donc entre un médecin, professionnel, et un patient, non professionnel, ce dernier pouvant exciper l'inopposabilité de la clause compromissoire. Si, cependant, la « matière médicale » intéresse principalement les questions relatives au diagnostic et aux soins prodigués entre, d'une part, des professionnels de la médecine et, d'autre part, des patients, elle intéresse bien d'autres situations : les contrats d'organisation d'une clinique, les relations entre le secteur pharmaceutique et le secteur médical, en matière interne et internationale, notamment à travers le développement de la télémédecine, qui transcende les frontières. Enfin, la crise sanitaire de 2020 a montré que l'enjeu sanitaire dépassait ces questions pour atteindre des intérêts multiples, par exemple la sécurité d'investissements réalisés dans un pays ayant adopté des mesures de préservation contre la Covid-19 critiquées par l'investisseur et parfois d'une grande banalité, comme le développement des litiges fondés sur la question de savoir si la crise a provoqué,

---

[1563]Consultable sur www.cafa.world/docs/CAfA %20Arbitration %20Rules.1.pdf ; V. à ce sujet : E. Marcilhac, *La Cour d'arbitrage d'art de La Haye entre en fonction : Le Journal des Arts* 29 mars 2019.

[1564]M. Paris et A. L. Bandle, *Arbitrage contemporain à Art Basel ? : Bull. ASA* 2020, p. 619-636, spéc. p. 630.

[1565]A. Trioschi, *Art-Related Disputes and ADR Methods : A Good Fit? : Kluwer Arbitration Blog* 8 juill. 2018 ; V. égal. *Thome* v. *The Alexander and Laura Calder Foundation*, 70 A.D.2d 88, 890 N.Y.S.2d 16 (1st Dep't 2009) : la Cour a admis que les juridictions étatiques n'étaient pas les mieux placées pour décider de l'authenticité d'une œuvre. Pour des exemples pratiques impliquant des questions de propriété intellectuelle, V. www.wipo.int/amc/en/arbitration/case-example.html.

[1566]Puisqu'en cas de litige (public) sur l'authenticité d'une œuvre, sa valeur marchande baisse immédiatement et fortement ; V. en ce sens : *M. Weller, Art & Alternative Dispute Resolution : The Mystery of the Absent Arbitration : German Arbitration Journal 2019, vol. 17, Issue 1, p. 6.*

[1567]S. den Hartog, *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes : Kluwer Arbitration Blog* 23 oct. 2015.

[1568]A. Laude, *L'arbitrage en matière médicale : Dr. et patrimoine* mai 2002, Dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage » vol. I, n° 104, n° 104, p. 80.

dans un tel litige, un cas de force majeure, de renégociation d'un contrat ou encore de correcte exécution d'un contrat.

D. – Le droit de la famille

397. – Droit familial et arbitral font-ils bon ménage ? « Jadis cantonné au monde de l'entreprise, l'arbitrage gagne désormais les rivages du droit de la famille, déjà balayés par les vents de l'autonomie croissante laissée aux individus, de la contractualisation des relations familiales, de la déjudiciarisation des affaires familiales et de la promotion des modes alternatifs de règlement des différends familiaux »[1569]. Certes, l'article 2060 du Code civil, au fondement de l'arbitrage, exclut expressément l'arbitrage des questions d'état, de capacité des personnes, de divorce et de séparation de corps : est-ce à dire alors que, outre ces questions spécifiques, il existe un domaine où les droits de la famille et de l'arbitrage peuvent coexister ? On serait tenté de répondre par l'affirmative, d'abord en raison du double mouvement de contractualisation – on pense à la création du PACS en 1999 (C. civ., art. 515-1) – et de déjudiciarisation, mais aussi de l'instauration en 2017 du divorce par consentement mutuel, non judiciaire (C. civ., art. 229), du droit de la famille, ouvrant ainsi des perspectives arbitrales nouvelles pour des litiges traditionnellement réservés au juge étatique[1570].

398. – Un droit récemment inarbitrable. On pourrait penser que le droit familial est par nature inarbitrable[1571], mais, historiquement, et dès le droit romain[1572], l'arbitrage, ou des formes voisines d'un arbitrage au sens moderne, était obligatoire pour certains litiges exigeant un large pouvoir d'appréciation, comme justement en matière familiale[1573]. Cette arbitrabilité a perduré en France, notamment avec l'édit de Fontainebleau qui imposait un arbitrage forcé entre parents[1574], et plus tard encore *via* la loi des 16-24 août 1790[1575] créant des tribunaux de la famille et instaurant l'arbitrage obligatoire dans les rapports familiaux[1576]. D'autres lois ont, par la suite consacré le recours à l'arbitrage[1577]. L'arbitrage a pourtant ultérieurement été extrêmement limité,

---

[1569]A. Devers, *Droit de la famille – L'arbitrage en droit de la famille : Dr. et patrimoine* janv. 2019, n° 1, dossier 7.

[1570]C. Nourissat, *L'arbitre et le droit de la famille : Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 3, spéc. p. 19.

[1571]V. B. Mallet-Bricourt, *Arbitrage et droit de la famille : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 104, p. 59, spéc. p. 62-63.

[1572]Où des questions de partage étaient soumises à un arbitre ; V. J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. « Précis Domat », 1948, p. 228.

[1573]B. Savouré, *Le notaire et l'arbitrage sur les questions familiales d'ordre patrimonial – Une évidence bientôt : JCP* G 17 févr. 2020, suppl. au n° 7-8, p. 35.

[1574]Second édit de Fontainebleau, août 1560, art. 2, Isambert, XIV, 52, qui énonce « qu'en divisions et partages de successions et biens communs de père ou mère, aïeul, aïeules et enfants des enfants, frères, sœurs, oncles, et d'enfants de frères et sœurs, et comptes de tutelle, et autres administrations, restitution de dot et douaire entre lesdits personnes, seront les parents majeurs d'ans tenus d'élire et nommer de bons et notables personnages jusques à trois parents, amis ou voisins, par l'avis desquels sera procédé auxdits partages et divisions, reddition desdits comptes et restitutions de dot, ou délivrance dudit douaire ».

[1575]L. 16-24 août 1790 : l'article premier énonçait que « l'arbitrage étant le mode le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendent à diminuer soit la faveur soit l'efficacité du compromis » ; l'article 12 consacrait l'arbitrage obligatoire dans les rapports de famille.

[1576]C. Jallamion, *Arbitrage et pouvoir politique en France du XVII^e^ au XIX^e^ siècle : Rev. arb.* 2005, p. 3, spéc. p. 21-29.

[1577]La loi des 16-24 août 1790 consacra encore plus l'arbitrage forcé dans son article 2 notamment en ce qui concerne le droit de la famille. La loi du 20 septembre 1792 a imposé d'emblée le recours à l'arbitrage dans certains cas de divorce. Le décret brumaire an II a imposé la même obligation concernant les contestations survenant entre les héritiers des parents et le décret du 17 nivôse an II a fait de même en matière de donations et successions.

voire interdit dans ce domaine, avec, comme aboutissement aujourd'hui, les articles 2059 et 2060 du Code civil qui restreignent considérablement les possibilités de recours à l'arbitrage en matière civile et notamment familiale. Les questions liées à l'état d'une personne se réfèrent à son individualisation, notamment son âge, son sexe, sa nationalité ou encore concernent son état civil, c'est-à-dire les questions de mariage, divorce, filiation, *etc.* Les questions de capacité des personnes, quant à elles, impliquent tout ce qui est lié au régime de l'incapacité et à l'organisation de ce régime de protection[1578]. Ainsi, le droit de la famille, étant considéré comme une matière intéressant l'ordre social et lié aux mœurs sociales, implique une forme d'ordre public familial[1579].

C'est pourquoi les litiges relatifs à la matière extrapatrimoniale du droit de la famille sont inarbitrables. C'est le cas par exemple des questions relatives à l'autorité parentale qui sont clairement inarbitrables même si l'on pourrait envisager une arbitrabilité potentielle, notamment lorsque l'on songe que le législateur tend à développer la médiation familiale dans ce domaine[1580] et que l'arbitre pourrait aisément inciter à la conciliation, essentielle en présence d'enfants[1581]. En matière de divorce, si le rôle du juge tend à s'amoindrir, le recours à l'arbitrage reste interdit. Toutefois, la simplification et la contractualisation de la procédure de divorce (éventuellement sans juge), permettent d'envisager un recours à l'arbitrage dans cette matière[1582] d'autant plus que la liquidation du régime matrimonial peut être décidée par un arbitre[1583]. Le PACS est un contrat soumis à des règles d'ordre public, mais uniquement en ce qui concerne sa conclusion et son extinction. Pourtant, la loi le régissant ne réglemente que son aspect patrimonial. On pourrait ainsi s'interroger sur la possibilité de recourir à l'arbitrage pour les litiges concernant son aspect extrapatrimonial, étant donné que les parties ont alors la libre disposition de ces droits non réglementés. Cependant, les questions qui en découleraient seraient les mêmes que pour la dissolution d'un mariage, ce qui implique une certaine prudence dans ce domaine[1584]. Sur le plan international en tout cas, il est probable que les litiges portant sur une obligation alimentaire soient considérés comme arbitrables[1585].

399. – Un droit patrimonial en réalité ouvert à l'arbitrage. En réalité et de façon désormais classique, les articles 2059 et 2060 du Code civil permettent de réserver le droit patrimonial de la famille, traditionnellement considéré comme une matière disponible et donc arbitrable[1586]. Ainsi, l'arbitre peut décider des conséquences financières d'un divorce[1587] ou d'une séparation légale. De même, les différends successoraux, d'ordre à la fois familial et patrimonial, ont été jugés arbitrables par la jurisprudence. En ce qui concerne l'évaluation de patrimoines successoraux, les

---

[1578]E. Loquin, *Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1024, 11 mai 2016, n^{os} 25 et s.

[1579]J.-B. Racine, *L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille : Dr. et patrimoine* déc. 2017, p. 26, spéc. p. 26.

[1580]V. C. civ., art. 373-2-10, issu de L. n° 2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale (*JO* 5 mars 2002, p. 4161 ; *JCP* G 2002, III, n° 20056 ; *D.* 2002, législ. p. 1016).

[1581]V. B. Mallet-Bricourt, *Arbitrage et droit de la famille : Dr. et patrimoine* mai 2002, n° 104, p. 59, spéc. p. 62.

[1582]A. Gongora, *Droit de l'arbitrage et nouveaux marchés du droit de la famille : JCP* G 17 févr. 2020, suppl. au n° 7-8, p. 33, spéc. 34.

[1583]Cass. 2^{e} civ., 25 janv. 1963 : *JCP* G 1964, II, n° 13472, obs. P.L.

[1584]V. B. Mallet-Bricourt, *Arbitrage et droit de la famille*, préc., spéc. 62.

[1585]D. Veaux, *JCl. Civil, Art. 2059 à 2061*, Fasc. 20, *Arbitrage – Convention d'arbitrage*, 2016, n° 7.

[1586]C. Nourissat, *L'arbitre et le droit de la famille : Procédures* févr. 2020, n° 2, dossier 3, spéc. n° 32.

[1587]Cass. 2^{e} civ., 25 janv. 1963 : *JCP* G 1964, II, p. 13472, obs. P.L. ; G. Barbe, N. Dugaud, M. De Fontmichel, *Comment mettre en œuvre un arbitrage familial ?* : *Gaz. Pal.*, 23 mars 2021, n° 398V0, p. 13.

tribunaux ont pourtant pu retenir des positions contraires, validant le compromis d'un côté[1588] et le refusant de l'autre[1589]. Pour autant, le compromis entre des héritiers en conflit au sujet de la liquidation d'une succession peut être considéré comme valable car le litige porte sur des droits disponibles dès lors que le compromis est signé après l'ouverture de la succession[1590]. De plus, peuvent ainsi être soumis à l'arbitrage les litiges successoraux portant sur la valeur des biens à partager, le partage de la succession, la charge fiscale de la succession ou sur la validité et l'interprétation du testament. Pourtant, la doctrine majoritaire considère que le droit successoral n'est disponible qu'à partir du décès et donc que le recours à l'arbitrage n'est possible qu'à partir de la disparition du *de cujus*[1591], ce qui exclurait l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un testament[1592]. On pourrait penser qu'une clause d'arbitrage dans un testament pourrait être valable si on la considérait comme une charge grevant la succession transmise aux héritiers et légataires, mais cet argument reste limité[1593]. L'arbitrabilité pourrait se retrouver toutefois limitée en cas de litige relatif au respect de la réserve car celle-ci revient aux héritiers par un effet de la loi, et non pas par la volonté du défunt[1594].

400. – Quelle évolution possible au-delà des droits patrimoniaux ? Aujourd'hui, on peut également envisager une possible évolution de la matière et donc une extension de l'arbitrabilité de celle-ci. En effet, le premier indicateur peut notamment se trouver dans l'introduction du divorce pour consentement mutuel, qui permet aux époux de décider seuls, et par voie extra-judiciaire, de l'ensemble des conséquences de leur séparation et donc également des conséquences extrapatrimoniales, ce qui rend les droits relatifs à ces questions *de facto* disponibles[1595]. De plus, les questions d'autorité parentale qui concernent spécifiquement les liens de filiation restent des droits indisponibles[1596] et donc des droits exclus par principe de l'arbitrage. En ce qui concerne la contribution parentale, celle-ci peut, lors des divorces par consentement mutuel, être décidée par les parents eux-mêmes, ce qui pourrait laisser penser à une arbitrabilité des mesures accessoires aux questions de filiation. Pourtant aujourd'hui ces questions restent inarbitrables étant liées à l'ordre public, elles sont laissées au juge judiciaire[1597]. Néanmoins, l'arbitrabilité de la matière a évolué, notamment sur un plan institutionnel, avec la création, en 2018,

---

[1588]Cass. 2e civ., 7 nov. 1974, *Di Trento* c/ *Dame Pinatel : Rev. arb.* 1975, p. 302, n° 4.

[1589]Cass. 1re civ., 26 oct. 1976 : *Rev. arb.* 1977, p. 327.

[1590]Cass. 1re civ., 5 juin 1973 : *Bull. civ.* 1973, I, n° 192 : dans cette espèce, les six héritiers du *de cujus* avaient décidé de confier à un arbitre amiable compositeur le soin de procéder au partage de la succession, la méthode retenue par l'arbitre pour composer les lots ayant été ensuite contestée par l'un des héritiers.

[1591]Cass. 1re civ., 17 mars 2021, n° 20-14.360 ; Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC : Dalloz actualité*, 19 oct. 2020, obs. J. Jourdan-Marquès ; *AJC* 2020, p. 485, note D. Mainguy ; *JDI* 2020/4, p. 22, note E. Gaillard ; *JCP* G 2020, 1311, note M. de Fontmichel ; *Gaz. Pal.* 24 nov. 2020, p. 27, note S. Bollé ; V. G. Barbe et M. de Fontmichel, *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions : JCP* G oct. 2018, n° 41, p. 1934, spéc. p. 1834.

[1592]G. Barbe et M. de Fontmichel, *Les clauses compromissoires en droit de la famille : Dr. famille* avr. 2020, n° 4, étude 12, p. 1, spéc. p. 2.

[1593]D. Mouralis, *Le domaine de l'arbitrage : Quels nouveaux contentieux ? : L'avocat et l'arbitrage* 20 mai 2019.

[1594]C. civ., art. 912 ; V. plus généralement au sujet des trusts, *infra*, n° 402.

[1595]En ce sens : G. Barbe et M. de Fontmichel, *La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions : JCP* G n° 41, 8 oct. 2018, p. 1834.

[1596]V. C. civ., art. 376 : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous ».

[1597]A. Gongora, *Droit de l'arbitrage et nouveaux marchés du droit de la famille : JCP* G 17 févr. 2020, suppl. au n° 7-8, p. 33, spéc. p. 34.

d'un centre d'arbitrage spécial, ayant pour objet de trancher les conflits relatifs à la fixation du montant d'une pension alimentaire, à la détermination des modalités de « garde alternée » des enfants ou encore la résolution des questions conflictuelles avant divorce par consentement mutuel[1598]. Ces initiatives montrent l'évolution des mentalités : l'état du droit positif, entre les champs cumulés de la (nouvelle) clause compromissoire et du compromis, les possibilités d'arbitrer les questions patrimoniales, est en fait et théoriquement ouvert à l'arbitrabilité familiale. Il reste qu'en pratique le recours à l'arbitrage en la matière reste, pour des raisons d'abord sociologiques, rare et marginal en France[1599].

401. – Droit comparé. Dans d'autres pays, l'arbitrabilité en droit de la famille est déjà une réalité. À ce jour, au moins trois pays – l'Australie, le Canada et l'Écosse – disposent d'une loi permettant l'arbitrage dans ce domaine[1600]. Au Canada, la pratique de l'arbitrage familial dans l'État de l'Ontario est légalement autorisée même si, en 2006, une loi en a limité la portée pour priver d'effet notamment l'intrusion de règles religieuses contraires à « des lois et des principes non-canadiens »[1601]. Le recours à l'arbitrage familial est aussi permis au Royaume-Uni[1602] ou dans certains États des États-Unis. En 1999, la Caroline du Nord a promulgué la première loi sur l'arbitrage en matière de droit de la famille[1603], sur le modèle de la loi uniforme (CNUDCI) sur l'arbitrage. Plusieurs autres États (par ex. l'Arizona[1604] ou le Massachusetts[1605], *etc.*) ont adopté des lois autorisant l'arbitrage de toutes les questions soulevées lors d'un divorce, notamment la pension alimentaire du conjoint, la garde des enfants et la pension alimentaire pour enfants[1606]. En ce qui concerne les pays arabes, même si les questions familiales relèvent du statut personnel et de la compétence impérative des tribunaux religieux dédiés, le droit musulman n'interdit en fait pas le recours à l'arbitrage familial puisqu'il est expressément prévu dans le Coran[1607]. Il en va de même en droit hébraïque[1608], même si le droit israélien, qui renvoie aussi au statut personnel de chaque communauté religieuse, donne compétence exclusive aux tribunaux rabbiniques dans ce domaine pour la communauté juive[1609].

[1598]Le Tribunal arbitral des affaires familiales est un centre privé et indépendant au sein de l'Institut digital d'arbitrage et de médiation ; V. : www.arbitrage-familial.fr, Centre d'arbitrage des litiges familiaux (CALIF) : www.califarbitragecom.

[1599]P. Catala, *Arbitrage et patrimoine familial : Rev. arb.* 1994, p. 279, spéc. p. 293.

[1600]R. Evans, *Arbitration : Family Law – A new path ahead : The Resolver* 2012, p. 10-13.

[1601]L. n° 134/07 de 2006 modifiant des lois en ce qui concerne des questions familiales et le règlement de l'Ontario : arbitrage familial pris en application de la loi de 1991 sur l'arbitrage. Au regard de cette loi, les arbitrages familiaux fondés sur des lois et des principes qui ne sont pas canadiens, y compris des principes religieux, seront privés d'effet juridique et ne seront pas exécutoires par les tribunaux.

[1602]Cependant, une cour d'appel anglaise a décidé que le tribunal de la famille pouvait refuser d'exécuter une sentence arbitrale pour des motifs bien plus larges que ceux énoncés dans la loi anglaise sur l'arbitrage de 1996. Les tribunaux anglais peuvent donc exercer un fort contrôle au fond sur le contenu des sentences arbitrales rendues dans le domaine du droit de la famille. V. *Haley* v. *Haley* [2020] EWCA Civ 1369.

[1603]V. *The North Carolina Family Law Arbitration Act :* N.C. GEN. STAT. § 50-41 à 62.

[1604]Ariz. R. Fam. L. Pro. R. 67(c).

[1605]Mich. Comp. L. §600.5071.

[1606]National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws, *Uniform Family Law Arbitration Act*, 7 oct. 2016.

[1607]A. H. El Ahdab, *L'arbitrage dans les pays arabes*, Economica, 1988, spéc. p. 18.

[1608]C. Leben, *L'arbitrage par un tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque : Rev. arb.* 2011, spéc. p. 87.

[1609]L. 15 mars 1963 ; L. 4 sept. 1953 ; Livre des Lois 134, sur la compétence des tribunaux rabbiniques (mariage et divorce), L. n° 2025 modifiée le 10 août 2005, p. 945.

Encart 17

Trust arbitration : Ayez confiance

402. – L'institution du *trust* a acquis une large reconnaissance internationale, en particulier depuis la ratification de la convention de La Haye sur les *trusts*[1610], et s'est développée au-delà de ses frontières traditionnelles[1611]. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un mécanisme juridique anglo-saxon qui, même s'il touche à la *confiance* de ses protagonistes, n'est pas un contrat, mais un acte de disposition unilatéral créant une relation fiduciaire tripartite[1612]. En vertu du *trust*, un *trustor* (ou *settlor*) accorde le droit à une autre partie (le *trustee*) de détenir le titre de propriété, de biens ou d'actifs au profit d'un tiers (le *beneficiary*) ou à une fin précise. L'institution connaît de nombreuses modalités (expresse, implicite, judiciaire, civil/commercial[1613]…) mais a surtout traversé les frontières au-delà de la *common law* puisque l'institution est désormais reconnue par les tribunaux français[1614] et même, bien qu'indirectement, par le législateur, *via* la fiducie consacrée à l'article 2011 du Code civil, qui n'a pas pour autant reconnu la théorie de l'affectation du patrimoine sous-jacente au trust[1615].

403. – Les litiges relatifs aux *trusts* semblent avoir crû ces dernières années et l'expérience montre qu'ils deviennent de plus en plus « explosifs », impliquant parfois des fortunes importantes, des structures complexes et de multiples juridictions. La mise en place d'un *trust*, comme tout mécanisme d'organisation du patrimoine, aboutit inévitablement à des litiges, impliquant des fiduciaires et/ou des bénéficiaires (réclamations pour abus de confiance), ou externes (des héritiers déçus qui tentent d'attaquer ou de modifier le *trust*) et des tiers (par ex., des cocontractants ou des tiers qui souhaitent faire valoir des droits sur les actifs du *trust* ou en contester l'existence de toute autre manière)[1616].

404. – Parmi les nombreuses raisons qui justifient le recours à l'arbitrage pour ces litiges, outre la rapidité et l'expertise de certains arbitres en matière patrimoniale, la confidentialité en est sans doute la principale[1617], ce qui

---

[1610]La Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 1er juill. 1985, disponible sur www.hcch.net/fr/instruments/conventions.

[1611]T. Wustemann, *Chapter 10 : Arbitrating trust disputes*, *in* M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland : The practitioner's guide*, Kluwer Law International, 2e éd., p. 1251-1273, spéc. p. 1251.

[1612]*ICC Arbitration clause for trust disputes and explanatory note*, oct. 2018, p. 7.

[1613]Pour un exemple récent, V. US District Court Pennsylvania, 17 août 2020, *North Hills Village LLC* v. *LNR Partners, LLC* (www.courtlistener.com/docket/17027552/north-hills-village-llc-v-lnr-partners-llc).

[1614]Dès lors qu'ils ont été constitués en respectant les lois en vigueur dans l'État de création et qu'ils ne comportent pas de dispositions contraires à l'ordre public français, en particulier à la réserve héréditaire. Pour un exemple, V. CA Paris, 10 janv. 1970, *Épx Courtois et a.* c/ *Cts de Ganay : Rev. crit. DIP* 1971, p. 518, note G. A. L. Droz.

[1615]B. Ody, *De l'acceptation du trust dans l'instauration de la fiducie en France : Rev. jur.Ouest* 2011, p. 171-186, spéc. p. 172.

[1616]T. Wustemann, *Chapter 10 : Arbitrating trust disputes*, préc., spéc. p. 1254.

[1617]*ICC Arbitration clause for trust disputes and explanatory note*, oct. 2018, § 2 et 17.

s'explique par le fait qu'ils mettent en jeu à la fois des questions sensibles d'argent et de famille, avec le souci d'éviter de divulguer la taille et la localisation des biens, ainsi que les noms des bénéficiaires du *trust*[1618]. Si l'arbitrabilité des litiges semble plutôt admise en droit comparé[1619], des questions de principe demeurent. Une condition préalable à la capacité d'arbitrer les litiges de *trust* actuels et futurs est une convention d'arbitrage valable (tant dans la forme que sur le fond)[1620]. Or, il peut exister un doute quant à la possibilité de conclure une convention d'arbitrage et de rendre une sentence qui lient toutes les catégories de bénéficiaires[1621], lesquels ne signent généralement pas l'acte de *trust* ou n'acceptent aucune charge en vertu de celui-ci[1622]. En droit français, les seules parties au contrat de fiducie sont le constituant et le fiduciaire, de sorte que les bénéficiaires sont considérés comme des tiers[1623], ce qui ne les empêcheraient pas de se prévaloir de la clause arbitrale dudit contrat ou de se la voir opposée. La représentation des parties, en particulier des bénéficiaires non encore nés, non identifiés et juridiquement incapables, est également un obstacle à l'utilisation de l'arbitrage[1624]. Le droit français a déjà eu à connaître de la portée d'une clause d'arbitrage à l'égard, non seulement du *trust* signataire, mais aussi de l'entité bénéficiaire (non-signataire), en l'occurrence un État[1625]. Outre le terrain contractuel, les *trusts* se retrouvent beaucoup dans le domaine successoral, également arbitrable[1626], où l'on pourrait penser qu'une clause d'arbitrage dans un testament, impliquant un *trust* et imposant aux héritiers de recourir à l'arbitrage en cas de contentieux, pourrait être valable, même si on la considérait comme une charge grevant la succession et transmise aux héritiers et légataires. L'arbitrabilité pourrait se retrouver toutefois limitée en cas de litige relatif au respect de la réserve, car celle-ci revient aux héritiers par un effet de la loi[1627] et non pas par la volonté du défunt.

[1618]A. Vergunst et L. Grabau, *Arbitrating trust disputes : STEP Journal* janv. 2011, p. 21.

[1619]V. par ex., aux États-Unis, l'État du Navada qui, le 5 juin 2019, a révisé certaines dispositions qui régissent les trusts, notamment les dispositions portant sur l'applicabilité des clauses d'arbitrage dans les testaments et les trusts (*Assembly Bill n° 286*, entrée en vigueur au 1er oct. 2019) ; de même, la Nouvelle-Zélande a adopté des dispositions favorables à l'arbitrage en matière de trusts : V. le *Trusts Act 2019* du 30 juillet 2019 ; V. toutefois en Inde, où la Cour suprême indienne a rendu inarbitrables tous les conflits de trust (même entre bénéficiaires) : Cour suprême indienne, *Shri Vimal Kishor Shah & Ors.* v. *Mr. Jayesh Dinesh Shah & Ors*, 17 août 2016. – M. Mahla, *Trust disputes non-arbitrable in India : Kluwer Arbitration Blog* 27 mars 2017.

[1620]T. Wustemann, *Chapter 10 : Arbitrating trust disputes*, préc., spéc. p. 1258.

[1621]I. Meakin, *Arbitrary Agreement : The Lawyer* 10 nov. 2008 https://www.thelawyer.com/arbitrary-agreement/.

[1622]S. I. Strong, *Arbitration of internal trust disputes : the next frontier for international commercial arbitration?*, *in* J. Engelmayer et M. Abdel Raouf (éds), *Évolution and adaptation : the future of international arbitration*, Kluwer Law International, 2019, p. 971-984, spéc. p. 974.

[1623]F. Barrière, *La fiducie : Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 555, spéc. p. 559 : V. *infra*, n° 625.

[1624]G. von Segesser et K. Bell, *Arbitration of trust disputes : Bull. ASA* 2017, p. 10-39, spéc. p. 29.

[1625]CA Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533, *Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires Religieuses* c/ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company : LPA* 14 nov. 2011, p. 5, note Ch. Delanoy ; V. aussi la décision anglaise en sens inverse : *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (Appellant)* v. *The Ministry of Religious Affairs Government of Pakistan (Respondent),* [2010] UKSC 46 (www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0165.html, 3 nov. 2010).

[1626]V. par ex. : Cass. 1re civ., 5 juin 1973 : *Bull. civ.* 1973, I, n° 192.

[1627]C. civ., art. 912.

E. – Arbitrage et sports

405. – L'arbitrage « sportif » : quand franchit-on la ligne ? L'arbitrage en matière de sport peut se définir comme celui qui entend régler les différends entre les sportifs licenciés, les clubs et les fédérations[1628]. Il s'agit d'un « arbitrage des conflits sportifs »[1629] qui ne doit pas être confondu avec l'arbitrage de l'« arbitre », aussi appelé « l'homme en noir », agissant en tant que gardien des règles de jeu sur le terrain[1630].

406. – Quel sport ? Si le Code du sport ne donne pas de définition du sport[1631], le Conseil d'État utilise, pour définir l'activité sportive, « un faisceau d'indices incluant la recherche de la performance physique, l'organisation régulière de compétitions et le caractère bien défini des règles applicables à la pratique de cette activité »[1632]. Il en résulte qu'une activité telle que le bridge n'est pas une activité sportive puisqu'elle « mobilise les facultés intellectuelles » et « ne tend pas à la recherche de la performance physique »[1633]. L'« e-sport » ou la « compétition de jeux vidéo », décrite par le législateur comme la compétition confrontant « à partir d'un jeu vidéo, au moins deux joueurs ou équipes de joueurs pour un score ou une victoire »[1634] n'a pas reçu non plus la qualification d'activité sportive puisque la Fédération française de jeux vidéo en réseau n'avait pas été en mesure de justifier en 2007 que l'exercice d'une activité e-sportive engendre une dépense énergétique[1635]. En revanche, les fédérations des échecs, de tir ou de billard, qui encadrent des activités essentiellement statiques, figurent parmi la liste des fédérations agréées par le ministère chargé des sports[1636]. On le voit donc : la frontière de l'activité sportive est parfois ténue.

407. – Avantages de l'arbitrage dans le monde sportif. L'existence de l'arbitrage comme mode de résolution des litiges privilégié au sein du monde sportif s'explique par les besoins spécifiques de la justice dite « sportive ». La pratique du sport, amatrice comme professionnelle, est en effet fortement hiérarchisée et fonctionne autour de clubs, ligues, associations, fédérations, groupements sportifs qui souhaitent généralement régler, en leur sein, les litiges liés à la pratique de leurs sports[1637]. Généralement, la possibilité que l'arbitrage offre aux parties sportives de choisir les personnes qui vont juger leur litige est ce qu'elles vont rechercher en premier[1638]. On retrouve d'autres atouts comme l'acceptabilité accrue de la sentence par les parties, la

---

[1628] E. Loquin, *Arbitrage – Définition. Nature Juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients : JCI. Procédure civile*, Fasc. 1005, n° 6.

[1629] G. Simon, *L'arbitrage des conflits sportifs : Rev. arb.* 1995, p. 185, spéc. p. 189.

[1630] Ch. Amson, *Droit du sport*, Vuibert, 2010, p. 68, n° 129.

[1631] F. Lemaire, *La définition juridique du sport : JCP* A 21 juill. 2008, n° 30, p. 2181, spéc. n° 3. – V. D. Laurent, *Les relations de l'État avec les fédérations sportives : agrément, délégation et tutelle : AJDA* 2007, p. 1629.

[1632] CE, 3 mars 2008, n° 308568, *Féd. activités aquatiques éveil et loisir : JurisData* n° 2008-073195 ; *Dr. adm.* 2008, comm. 74 ; *AJDA* 2008, p. 494.

[1633] CE, 26 juill. 2006, n° 285529, *Féd. française Bridge : JurisData* n° 2006-070616 ; *Rec. CE* 2006, p. 1080.

[1634] L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, pour une République numérique, art. 101.

[1635] S. du Puy-Montbrun, *Vers la construction d'un droit de l'e-sport ? : JCP* G 12 nov. 2018, n° 46, p. 2060 ; V. aussi : J. Huet et P.-X. Chomiac de Sas, *L'e-sport : pas un sport, mais une « compétition de jeux vidéo » désormais encadrée : Comm. com. électr.* juill.-août 2017, p. 1-5.

[1636] F. Lemaire, *La définition juridique du sport : JCP* A 21 juill. 2008, n° 30, n° 6.

[1637] G. Simon, *Existe-t-il un ordre juridique du sport ? : Droits* 2001, n° 33, spéc. p. 98.

[1638] A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, LGDJ, 2005, spéc. p. 153 ; V. égal. S. Karaa, *Les juges de l'activité professionnelle sportive*, LGDJ, 2016, spéc. n° 443.

flexibilité de la procédure, la transparence ou encore la rapidité de la procédure[1639]. Selon les règles des Jeux olympiques, les sentences arbitrales doivent être rendues dans les vingt-quatre heures après la requête[1640] et en quarante-huit heures pour la Coupe du monde de la FIFA[1641].

408. – Consentement et arbitrage sportif. Il n'y a d'arbitrage que volontaire, de telle sorte qu'en l'absence avérée de consentement, ou parce que cet arbitrage est imposé ou « forcé »[1642] par la loi, la convention d'arbitrage sera considérée comme nulle ou inexistante[1643]. On constate toutefois, en matière d'arbitrage sportif, un affaiblissement de l'exigence du consentement[1644]. Ainsi, le consentement à l'arbitrage est déduit de l'adhésion du sportif aux statuts et règlements des fédérations nationales et internationales renvoyant souvent la résolution des litiges à des institutions arbitrales spécialisées, telles que le Tribunal arbitral du sport (TAS)[1645]. C'est, par exemple, en se licenciant auprès d'une fédération nationale qu'un sportif peut être censé accepter les statuts et règlements de ladite fédération ainsi que, par ricochet, ceux de la fédération internationale dont elle est membre[1646]. D'une manière générale, « les dispositions sportives compromissoires sont, en fait, plus imposées à leurs destinataires que librement acceptées par eux »[1647]. Ainsi, une sorte originale d'arbitrage hybride, mi-volontaire mi-forcé, s'est considérablement développée *via* des clauses compromissoires définies de nature institutionnelle dans le cadre de documents d'adhésion. Parce qu'elle n'est pas tout à fait librement acceptée par le sportif ou l'organisation sportive, mais soumise par les fédérations, les comités olympiques ou les organisateurs des compétitions[1648].

La plupart des juridictions étatiques n'ont pour l'heure tiré que des conséquences limitées du caractère partiellement libre du consentement donné à l'arbitrage en matière sportive. La jurisprudence française affirme toujours « qu'en donnant son adhésion, la partie consent aux conditions qui lui ont été offertes par l'auteur de l'offre » et que ce consentement donne naissance à un contrat[1649]. En Espagne, le Tribunal suprême a pu estimer que ce type d'arbitrage forcé était contraire à la Constitution espagnole[1650]. Toutefois, le Tribunal fédéral suisse et la Cour fédérale de justice allemande ont refusé de condamner par principe les clauses « TAS », mais n'ont admis leur validité qu'après avoir vérifié qu'elles n'étaient pas imposées, au moins manifestement, au détriment des sportifs[1651]. La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'acceptation de

---

[1639]A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, préc., p. 154.

[1640]Règl. d'arbitrage pour les Jeux olympiques du TAS, art. 18 (www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/TAS_reglement_arbitrage_Jeux_Olympiques__FR_.pdf).

[1641]A. Rigozzi, S. Besson et W. McAuliffe, *International Sports Arbitration : The Middle Eastern and African Arbitration Review 2017*, GAR, 20 avr. 2017.

[1642]A. Pinna, *Réflexions sur l'arbitrage forcé : Gaz. Pal.* 14-16 déc. 2008, p. 1, n° 1.

[1643]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n° 150.

[1644]J.-B. Racine, *Convention d'arbitrage. – Formation : JCl. Contrats-Distribution*, janv. 2012, § 65.

[1645]G. Simon, *L'arbitrage des conflits sportifs : Rev. arb.* 1995, p. 185 ; V. à ce sujet : *infra*, n° 424.

[1646]M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n° 643.

[1647]M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, préc., n° 717.

[1648]A. Pinna, *Réflexions sur l'arbitrage forcé*, préc., p. 2.

[1649]Cass. civ., 15 janv. 1906 : *S.* 1906, 1, 278. – Cass. civ., 26 déc. 1922 : *S.* 1923, 1, 32. – Cass. civ., 18 juill. 1934 : *S.* 1935, 1, 45 ; arrêts cités *in* F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2018, n° 265.

[1650]Trib. supr. espagnol, ch. cont. adm., 5e sect., sent. 708/2017, 25 avr. 2017, *Roberto Heras et Béjar & Barcycling Sports SL : Rev. arb.* 2017, p. 1019, note J.D. Crespo Perez.

[1651]Landesgericht München I, 26 févr. 2014, *Claudia Pechstein* c/ *International skating union (ISU)*, Urtel Az. 37 O 28331/12. – Trib. féd., 22 mars 2007, *G. Canas* c/ *ATP Tour*, ATF 133 III 235.

la juridiction du Tribunal arbitral du sport par le biais d'une clause contenue dans la réglementation d'une fédération sportive internationale constitue un « arbitrage forcé », au moins lorsqu'elle s'impose à un athlète professionnel[1652]. Tel n'est en revanche pas nécessairement le cas lorsque la clause « TAS » est contenue non dans la réglementation d'une fédération, mais dans un contrat conclu entre un club et un joueur[1653]. En effet, il en résulte que les clauses « TAS » ne sauraient constituer une renonciation libre à tout ou partie des garanties offertes par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[1654]. L'examen de l'organisation du règlement des litiges sportifs, très encadrée par l'administration et le juge étatique français (1°) sera suivi par l'arbitrabilité desdits litiges (2°).

1° L'organisation semi-étatique du règlement des litiges sportifs

409. – Jeu de compétences. Les fédérations sportives et les ligues professionnelles sont susceptibles d'exercer leur office de justice à partir d'un comportement d'un membre fédéral ou à partir des divers actes qu'elles édictent[1655]. Il est également possible de recourir au conciliateur du Comité national olympique et sportif français (CNOSF) qui est doté d'une mission générale de conciliation[1656]. Ainsi, l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) exerce une mission de justice répressive et fait office de « juge » amené à régler des conflits liés à l'activité professionnelle des travailleurs sportifs. Les juges français de l'ordre juridictionnel administratif et de l'ordre judiciaire conservent de multiples occasions d'intervenir dans le domaine de l'activité professionnelle sportive[1657]. En effet, selon une jurisprudence établie[1658], le juge administratif a compétence pour connaître des décisions des fédérations sportives et de leurs organes assimilés. Les juges judiciaires sont compétents pour apprécier la licéité des mesures prononcées par les fédérations simplement agréées à l'égard de sportifs ou de dirigeants de clubs[1659] ou encore pour connaître des sanctions décidées par les associations sportives à l'encontre de leurs membres[1660]. Il reste toutefois aux institutions arbitrales une forme de compétence que l'on pourrait presque qualifier de subsidiaire si ce n'est résiduelle, compte tenu de la mainmise de l'État français sur l'organisation du sport en France.

410. – Le cas spécifique du Tribunal arbitral du sport (TAS). En France, les centres d'arbitrage sportifs ne se sont pas développés comme dans d'autres pays en raison de la compétence des juridictions administratives, les fédérations françaises étant souvent délégataires de service public[1661]. La Chambre arbitrale du sport français

---

[1652]CEDH, 2 oct. 2018, n[os] 40575/10 et 67474/10, *Mutu et Pechstein* c/ *Suisse*, n[os] 109 et s.

[1653]CEDH, 2 oct. 2018, *Mutu et Pechstein* c/ *Suisse*, préc., n[os] 116 et s.

[1654]L. Milano, *Arbitrage et garanties du procès équitable : JCP* G 2018, 2381 ; par ailleurs, le Tribunal fédéral suisse a jugé que l'article 6.1 de la Conventiion européenne des droits de l'homme n'est pas un motif autonome pouvant être invoqué dans une procédure d'annulation d'une sentence arbitrale rendue par le TAS : « En l'espèce, l'applicabilité des garanties procédurales de l'art. 6 ch. 1 CEDH est d'emblée exclue, dans la mesure où les recourants ne sont pas affectés dans leurs "droits et obligations de caractère civil", ni ne font l'objet d'une accusation en matière pénale ». V. Trib. féd. suisse, arrêt n° 4A_486/2019, 17 août 2020, n° 4.2.

[1655]S. Karaa, *Les juges de l'activité professionnelle sportive*, préc., n° 63.

[1656]L. n° 84-610, 16 juill. 1984, art. 19.

[1657]S. Karaa, *Les juges de l'activité professionnelle sportive, op. cit.*, n° 282.

[1658]CE, 22 nov. 1974, n° 89828.

[1659]CE, 19 déc. 1988, n° 79962.

[1660]CA Aix-en-Provence, 13 mai 2014, *Perati*, inédit : *D.* 2016, pan. dr. sport, p. 193.

[1661]M. Maisonneuve, *Comment distinguer les vrais arbitrages des faux en matière sportive ? : Sport et arbitrage*, colloque organisé le 23 septembre 2010 par l'Institut de droit des affaires internationales de la CCI, V.V. Veeder QC et Th. Clay

organise toutefois de véritables arbitrages, à condition que le litige n'implique pas le Comité national olympique et sportif français (CNOSF), la Chambre arbitrale du sport n'en étant en effet qu'un organe.

Toutefois, les groupements sportifs, y compris français, ont été conduits à créer des organes de règlement des litiges, surtout internationaux, dont le principal est sans doute devenu le Tribunal arbitral du sport (TAS), créé en 1984 sous l'égide du Comité international olympique (CIO). Il s'agit d'une institution d'arbitrage spécialisée, au même titre que l'OMPI en matière de propriété intellectuelle ou la LMAA en matière maritime. Le rôle du Tribunal arbitral du sport est de régler les conflits de toute nature dès lors qu'ils ont un lien avec le sport, comme des litiges nés de l'application des règlements fédéraux, des contrats d'engagement de joueurs ou cadres sportifs, des contrats commerciaux liés à la pratique sportive, et notamment les contestations relatives aux décisions disciplinaires prises par les fédérations et associations sportives et leurs organes internes[1662]. Si dans les années 1990, une vingtaine de litiges par an seulement étaient soumis au Tribunal arbitral du sport, ce dernier a enregistré environ six cents demandes d'arbitrages en 2016[1663], enregistrant ainsi un total d'environ 5 000 arbitrages depuis sa création[1664]. Si la plupart des fédérations internationales ont, à l'image de la FIBA (basketball), renoncé à l'idée de mettre en place leur propre système d'arbitrage, d'autres ont poussé plus loin leurs efforts pour ce faire[1665]. Par ailleurs, de nombreux mécanismes d'arbitrage existent sur le plan national comme la Chambre de conciliation et d'arbitrage pour le sport du CONI en Italie ou l'ADR-Sport-RED Canada, sans compter l'important recours à l'arbitrage interne pour les divers sports américains[1666].

411. – Autres arbitrages institutionnels et *ad hoc*. Le recours à l'arbitrage CCI est prévu par certains contrats en matière sportive. Ainsi, l'accord « Concorde » régissant le Championnat du monde de Formule 1 contient une clause d'arbitrage prévoyant que les conflits entre les écuries et un pilote seront tranchés par un tribunal siégeant sous l'égide de la CCI[1667]. C'est dans les litiges nationaux que l'arbitrage *ad hoc* joue encore un rôle significatif en matière sportive[1668].

(ss dir.).

[1662]Code de l'arbitrage en matière de sport du TAS (2019), art. R. 65, à bien distinguer du Code du sport en vigueur en droit français.

[1663]Statistiques du TAS : www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statistics_2016_.pdf.

[1664]A. Rigozzi, S. Besson et W. McAuliffe, *International Sports Arbitration : The Middle Eastern and African Arbitration Review 2017*, GAR, 20 avr. 2017.

[1665]Comme par ex. l'*Arbitration Panel* de *World Athletics* (anciennement *International Association of Athletics Federation* [IAAF]), le Tribunal arbitral de football de la FIFA et le Tribunal international du volleyball (V. par ex., FIBV DP 2017-09, *Federazione Italiana Pallavolo* v. *Lorenzo Gemmi and Giuseppe Muccio*, 15 déc. 2017 : www.fivb.com/en/thefivb/legal) ; la Cour d'appel internationale de la Fédération internationale de l'automobile (V. par ex., aff. ICA-2019-09 et ICA-2019-10, 14 févr. 2020, *Vicenzo Sospiri Racing S.r.l.* c/ *les Décisions n^os 5/2019 et 5/2019 bis de la « Commission d'Appel et de Discipline » de la Real Federacion Espanola de Automovilismo*) ; Centre d'arbitrage sportif « Sports resolution » fondé en 1997 et basé à Londres : https://www.sportresolutions.com/about-us/who-we-are/overview.

[1666]V. la loi sur le sport amateur (ASA), selon laquelle l'Association américaine d'arbitrage (AAA) est l'organisation désignée pour administrer la résolution de plusieurs types de litiges sportifs : V. S. Zuckerman et M. Hauptly, *AAA Arbitration & Olympic Sports : Dispute Resolution Journal* 2008, vol. 63, p. 45.

[1667]Accord « Concorde », ann. 1, art. 15.

[1668]A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, préc., p. 129.

2° Les litiges sportifs arbitrables

412. – En droit français, les litiges sportifs sont « largement inarbitrables »[1669]. En effet, les litiges sportifs relevant de la compétence des juridictions administratives constituent l'essentiel des litiges sportifs nationaux (*a*) et les litiges contractuels de travail (*b*) sont inarbitrables. Les autres litiges sportifs sont arbitrables (*c*).

a) Inarbitrabilité des litiges sportifs administratifs

413. – Le Conseil d'État a posé un principe général de prohibition de l'arbitrage en matière administrative[1670]. Or le législateur a confié aux fédérations sportives l'exécution d'un service public administratif. Elles prennent ainsi, dans le cadre de la délégation qui leur est consentie, des décisions matérialisant leur usage de prérogatives de puissance publique s'imposant à leurs membres. Ces décisions présentent, en conséquence, le caractère d'actes administratifs. C'est notamment le cas de tous les recours et litiges procédant des décisions prises par les fédérations délégataires ou leurs ligues professionnelles en vertu de leurs prérogatives de puissance publique, à l'image des sanctions disciplinaires qu'elles infligent pour des faits commis lors de compétitions nationales, des refus de sélection qu'elles opposent à leurs licenciés pour les grandes compétitions internationales ou bien encore des mesures de rétrogradation qu'elles imposent à leurs clubs membres[1671]. Dès lors, la juridiction compétente pour statuer sur les recours contentieux dirigés contre les décisions individuelles prises par les fédérations est le tribunal administratif du siège de la fédération concernée[1672]. Les recours en annulation contre les mesures réglementaires des fédérations relèvent directement du Conseil d'État[1673], qui par ailleurs connaît en premier et dernier ressort de la demande d'annulation d'une décision individuelle autorisant ou interdisant la participation à un championnat[1674] ou encore limite l'accès aux prétoires pour les clubs tiers[1675].

b) Inarbitrabilité des litiges contractuels du travail

414. – Indisponibilité des droits des salariés. En la matière, les obstacles à l'arbitrabilité sont à la fois liés à l'indisponibilité des droits des salariés et au caractère d'ordre public de la matière telle que la compétence de juridiction prud'homale. Le recours à l'arbitrage est exclu pour tous les litiges qui sont nés ou qui existent au stade de l'exécution du contrat de travail[1676]. En effet, lors de l'exécution de la relation de

---

[1669] M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, préc., n° 557.

[1670] Le Conseil d'État ne se fonde pas directement sur l'article 2060 du Code civil, mais considère qu'il s'agit d'un principe général du droit français ; V. CE, avis, 6 mars 1986, *Eurodisneyland : EDCE* 1987, n° 38, p. 178 ; V. *supra*, n° 282.

[1671] M. Maisonneuve, *Arbitrage et Droit du sport*, Cours du DU « Droit de l'arbitrage » 2019-2020, Université de Montpellier, p. 16.

[1672] En France, 90 % des *disputes* concernant les fédérations et ligues professionnelles échappent à l'arbitrage, au profit des tribunaux administratifs ; J.-C. Lapouble, *Fédérations et compétitions sportives : JCl. Administratif*, 1er juill. 2020, n° 197.

[1673] CE, 19 déc. 1980, *Hechter*. – CE, 25 janv. 1991, *Vigier : Rec. CE* 1991, p. 29. – CE, 15 mai 1991, *Assoc. Girondins Bordeaux : Rec. CE* 1991, p. 179. – CJA, art. R. 331-1.

[1674] CE, 26 sept. 2007, n° 285275, *Assoc. sportive maximoise : JurisData* n° 2007-072447.

[1675] En d'autres mots, les clubs qui n'ont pas participé à la compétition contestée ne peuvent en demander l'annulation : CE, 4 avr. 2008, n° 295007, *SASP Rodez Aveyron Football : JurisData* n° 2008-073361.

[1676] V. *supra*, n° 330 et s.

travail, le salarié n'a pas la libre disposition de ses droits[1677]. Malgré des avis divergents sur la question[1678], dès lors que le contrat de travail est rompu, « les parties retrouvent la disponibilité de leurs droits et peuvent donc compromettre »[1679], de sorte que le compromis d'arbitrage est valide[1680].

415. – La compétence d'ordre public de la juridiction prud'homale. L'arbitrabilité des litiges contractuels du travail se confronte aussi à la compétence d'ordre public de la juridiction prud'homale. En effet, le Conseil de prud'hommes « est seul compétent » pour connaître des différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail et portant sur son existence, sa rupture ou son exécution (C. trav., art. L. 1411-1 et L. 1411-4). Par exemple, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné un joueur de football pour non-respect d'un pré-contrat qu'il avait signé avec un club à hauteur de 130 000 € de dommages-intérêts[1681]. Dans une autre affaire, opposant un entraîneur et le club de football l'employant, la chambre sociale a considéré qu'aucune faute grave imputable à l'employeur n'était caractérisée, de sorte que le salarié n'était pas fondé à rompre le contrat de travail à durée déterminée[1682].

c) Arbitrabilité des autres litiges sportifs

416. – En droit international, les litiges sportifs soumis à l'arbitrage sont de nature diverse et peuvent varier entre de simples litiges commerciaux et des litiges très spécifiques au sport[1683]. En droit français, les litiges sportifs autres que ceux relevant de la compétence des juridictions administratives et de la compétence de la juridiction prud'homale sont en principe arbitrables[1684].

417. – Diversité des litiges. L'arbitrage sportif couvre par exemple les litiges entre le groupement sportif et ses membres, la délivrance d'une licence à un sportif, l'affiliation des clubs à une fédération, l'acceptation par un sportif de participer à une compétition[1685], le respect des règles de jeu[1686], mais également les litiges purement commerciaux (en matière de droit de diffusion télévisée, *sponsoring*, marketing)[1687], en matière de propriété intellectuelle (droit à l'image notamment)[1688], en matière de responsabilité et enfin de dopage[1689]. Certaines clauses d'arbitrage « TAS » se

---

[1677]Sur le fondement de l'article 2059 du Code civil. – V. S. Karaa, *Les juges de l'activité professionnelle sportive*, LGDJ, 2016, n° 324.

[1678]J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jemmaud et E. Dockès, *Compétence et pouvoirs de la juridiction prud'homale : GADT*, Dalloz, 2004.

[1679]Th. Clay, *L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? : Dr. soc.* 2010, p. 930, n° 55.

[1680]M. Beckers et A. Sutra, *Faut-il prendre au sérieux l'arbitrage en matière prud'homale ? : RDT* 2014, p. 731.

[1681]Ch. Albiges, S. Darmaisin et O. Sautel, *Sport et loisirs : généralités : JCl. Responsabilité civile et Assurances*, juill. 2020, n° 37.

[1682]Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 06-46.003.

[1683]A. Rigozzi, S. Besson et W. McAuliffe, *International Sports Arbitration : The Middle Eastern and African Arbitration Review 2017*, GAR, 20 avr. 2017.

[1684]Pour un exemple récent de litige sportif jugé *a priori* arbitrable, impliquant un club français et la FIFA et à la frontière avec le droit du travail, et pour lequel la Cour de cassation a estimé que la clause compromissoire TAS n'était pas manifestement inapplicable, V. Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521 : *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. X. Delpech.

[1685]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p. 24.

[1686]Aff. ICA-2019-09 et ICA-2019-10, 14 févr. 2020, *Vicenzo Sospiri Racing S.r.l.* c/ *les Décisions nos 5/2019 et 5/2019 bis de la « Commission d'Appel et de Discipline » de la Real Federacion Espanola de Automovilismo*.

[1687]Sent. TAS 91/45W./X. SA, 31 mars 1992 (contrat de *sponsoring*), Sent. TAS 2001/O/319 *X. Sarl / Fédération Y.*, 17 oct. 2001 (contrat de marketing).

[1688]Sent. TAS/CAS 2003/O/482, *Ariel Ortega* v. *Fenerbahce SK & FIFA*.

[1689]Le TAS a rendu le 16 mars 2010 une sentence confirmant la décision du Tribunal antidopage du Comité olympique

retrouvent même pour des contrats de construction accessoires à l'organisation d'un événement sportif[1690]. En France, le président du tribunal de grande instance de Nanterre a décliné sa compétence en raison de la clause compromissoire qui renvoyait à la Chambre arbitrale du sport de la CNOSF, dans une affaire opposant un cycliste professionnel à l'organisateur privé du Tour de France qui lui refusait le droit d'y participer[1691]. Dans un arbitrage CCI, avec siège à Paris[1692], opposant un motocycliste à son sponsor, l'arbitre unique s'était prononcé sur l'application d'une clause pénale pour rupture abusive de contrat en faveur du sponsor. Dans un autre arbitrage CCI avec le siège à Paris[1693], opposant un publicitaire et l'organisateur de la 10e édition des Jeux méditerranéens, où le litige portait sur l'inexécution des obligations contractuelles, le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent pour connaître du litige et a débouté le demandeur de ses demandes.

418. – Le recours au TAS. Sous réserve de l'arbitrabilité des litiges au regard du droit national applicable, le Tribunal arbitral du sport, parfois visé notamment comme organe d'appel dans certains textes de fédérations sportives françaises, a vocation à arbitrer les conflits sportifs internationaux mais également ceux nationaux[1694]. Le Tribunal est saisi aujourd'hui de l'ensemble de litiges de l'activité professionnelle sportive, y compris, mais partiellement, en France[1695], qui peuvent porter « sur des questions de principe relatives au sport ou sur des questions pécuniaires ou autres relatives à la pratique ou au développement du sport et peut inclure plus généralement toute activité ou affaire relative au sport »[1696], puisque, en vertu de la loi suisse sur le droit international privé relatif à l'arbitrage international, qui est la loi du siège des arbitrages « TAS », « [t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage »[1697]. Par ailleurs, les décisions de la Fédération internationale de basketball (FIBA) portant sur la délivrance de la lettre de sortie d'un sportif appartenant à la Fédération française de basketball (FFBA), lettre indispensable en matière de transfert international de joueurs de basketball, feront objet d'appel devant le Comité d'appel de la FIBA. La décision de ce comité pourra faire objet d'un nouveau recours devant le Tribunal arbitral du sport[1698].

Lorsque le litige à résoudre intéresse une compétition internationale, s'applique le droit de l'institution sportive internationale organisatrice de la compétition en cause[1699].

---

national italien (CONI) par laquelle il suspendait le coureur cycliste espagnol Alejandro Valverde pendant deux ans ; V. X. Favre-Bulle et M. Viret, *Les arbitres siégeant en Suisse sont bien égaux devant l'exigence d'indépendance et d'impartialité*, in *LPA* 2011, n° 7, *Chronique de droit de l'arbitrage*, n° 37 ; V. aussi Trib. féd. Suisse, 29 oct. 2010, n° 4A_234/2010, *Valverde* c/ *CONI, AMA, UCI.* – Trib. féd. Suisse, 6 nov. 2009, n° 4A_358/2009, *Florian Busch* c/ *Agence Mondiale Antidopage*.

[1690]V. par ex. TAS/CAS 2017/O/5286, inédit.

[1691]TGI Nanterre, ord. réf., 30 juin 2009, n° 09/01560, *Boonen* c/ *ASO : Rev. arb.* 2009, 603, obs. M. Maisonneuve.

[1692]Sent. CCI n° 13278, *Corporation (Luxembourg) Tobacco group (nationality not indicated)* v. *Professional motorbike racer (nationality not indicated), Ltd Partnership (Netherlands)*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, Albert Jan Van den Berg (éd.), *Kluwer Law International*, 2008, vol. 33, p. 118-159.

[1693]Sent. finale CCI, n° 12923/E.C (2007), *Papillon Group Corporation (Panama)* v. *(1) Arab Republic of Syria ; (2) Arab Advertising Organization (AAO, GOLAN) (Arab Republic of Syria) ; (3) General Establishment of External Commerce (Arab Republic of Syria)*, *International Journal of Arab Arbitration*, 2013, p. 99.

[1694]S. Karaa, *Les juges de l'activité professionnelle sportive*, préc., n° 437 ; V. aussi : G. Simon, *L'arbitrage des conflits sportifs : Rev. arb.* 1995, p. 185, spéc. p. 193.

[1695]Pour une illustration récente, V. Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521, préc.

[1696]C. arb. sport, art. R. 27.

[1697]LDIP, art. 177.

[1698]Règl. intérieur FIBA, 2020, chap. 7.

[1699]M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, préc., n° 796.

Selon les Statuts de la FIFA, la FIFA reconnaît la compétence du Tribunal arbitral du sport pour résoudre les litiges entre la FIFA, les associations membres, les confédérations, les ligues, les clubs, les joueurs, les officiels, les intermédiaires et les agents sportifs[1700]. Pour un exemple en matière de transfert de joueurs, le Tribunal arbitral du sport s'est prononcé sur un litige opposant un club de football turc et un autre français, et qui portait sur un contrat de transfert de joueur où la loi française était applicable. Après avoir interprété la clause conditionnelle de bonus à la lumière de la loi française, le Tribunal arbitral du sport a débouté le club français de ses demandes puisque la condition de participation du club d'accueil dans la Ligue Europa n'avait pas été satisfaite[1701].

419. – Conclusion. L'arbitrabilité, cette capacité pour un litige à être tranché par la voie arbitrale, couvre donc un champ presque infini de matières juridiques : tandis que ce domaine était encore relativement restreint à la fin du XX^e^ siècle, il n'a cessé de s'étendre, pour bien entendu couvrir des matières économiques traditionnelles, comme le droit des sociétés ou le droit bancaire et financier, mais aussi celles qui sont marquées par un ordre public prononcé, comme le droit de la concurrence et des procédures collectives. Même dans ces cas, l'arbitrabilité trouve des brèches pour faire coexister le nécessaire respect de règles impératives et la liberté des parties de faire trancher des litiges économiques en dehors du cadre judiciaire classique. L'ouverture du champ de validité de la clause compromissoire permet aujourd'hui à l'arbitrage de couvrir de très nombreuses matières dites « civiles », du droit de la propriété jusqu'au droit de la famille. Même le droit administratif, où l'arbitrage est en principe proscrit, laisse ce dernier subsister dans certains cas exceptionnels, comme d'ailleurs aussi dans des matières marquées par la protection de parties faibles, comme le droit de la consommation ou du travail. La diversité de ces règles de fond, selon les matières, est toutefois à contraster avec l'unité des autres règles de fond qui touchent au consentement et à la capacité notamment.

[1700] Statuts de la FIFA (2020), art. 57 et 58.

[1701] Aff. CAS 2014/A/3588, *Bursaspor Kulubu Dernegi* v. *AS Nancy Lorraine*, 30 sept. 2014.

Chapitre 2

Les autres conditions de fond de la validité de la convention d'arbitrage

420. – Conclure une convention d'arbitrage implique, comme pour tout contrat, de respecter certaines conditions de validité, à la fois de fond et de forme. S'agissant du fond, les conditions de validité d'une convention classique – consentement, capacité/pouvoir et objet (c'est-à-dire l'arbitrabilité, examinée à part) – ont leurs spécificités. On distinguera ces questions de fond selon qu'il s'agit d'arbitrage interne (Section 1) ou international (Section 2), même si le départ ne sera pas strict dans la présentation, des questions de droit interne faisant appel à des références internationales.

Section 1

La convention d'arbitrage interne

421. – Les conditions classiques de validité d'une convention. Classiquement, les conditions de fond de la validité d'une convention renvoient à l'observation des règles gouvernant le consentement, la capacité et le pouvoir, ainsi que l'objet ou, désormais, le contenu, arbitrable ou non, de l'accord. Ces questions, indissociables, sont abordées ensemble : afin de pouvoir consentir, de manière intègre, sur un objet arbitrable, il faut être capable de le faire et disposer des pouvoirs suffisants[1702]. Le consentement est la pierre angulaire de l'arbitrage, mécanisme contractuel et volontaire. C'est ce qu'exprime d'ailleurs l'article 2061, alinéa 1er du Code civil relatif à la définition et au régime spécifiques de la clause compromissoire autour de la notion d'« acceptation ». La question du consentement à l'arbitrage est en fait discutée dans de nombreux cas soumis à arbitrage, par exemple lorsqu'une partie considère qu'elle serait « manifestement inapplicable »[1703], qu'elle prétend ne pas avoir eu connaissance de la convention d'arbitrage parce qu'elle serait contenue dans un contrat annexe[1704] ou encore, et notamment, dans les cas de circulation de la clause compromissoire, sous la

[1702]F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2018, spéc. p. 182.
[1703]CPC, art. 1448 ; V. *infra*, n° 521 et s.
[1704]V. Cass. 1re civ., 11 mai 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 561, note Bernheim-Van de Casteele ; V. *infra*, n° 476 et s.

forme d'une transmission ou d'un rayonnement à des « tiers »[1705]. Ainsi, pour qu'une clause d'arbitrage soit valablement conclue, le consentement des parties est nécessaire (§ 1) ainsi que leur aptitude à consentir (§ 2).

§ 1. – Le consentement

422. – Le consentement à la convention d'arbitrage, qualifié de « pierre angulaire »[1706] de l'arbitrage, lequel est, par définition, un mécanisme « contractuel », parfois dit-on même « consensuel »[1707], réside dans la volonté commune des parties, puisqu'il ne saurait y avoir d'arbitrage s'il est forcé, c'est-à-dire qui n'aurait pas été voulu par les parties, d'une manière ou d'une autre. Ici comme ailleurs, c'est plus la manière qui est en jeu, plutôt que le principe. Ce consentement peut en effet être donné sous diverses formes et à divers moments, mais n'implique pas toujours que l'engagement d'aller à l'arbitrage soit mutuel. Dans tous les cas, le consentement doit exister (A) et être valide (B).

A. – Existence du consentement

423. – Comme pour tout contrat, le consentement à la convention d'arbitrage doit exister. Il y a consensus, en France[1708] comme ailleurs[1709], pour considérer qu'il n'y a d'arbitrage que volontaire de telle sorte qu'en l'absence avérée de consentement, la convention d'arbitrage doit être considérée comme nulle ou inexistante. En effet, « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »[1710] qui pourra se prononcer lui-même sur son propre pouvoir, en vertu du principe compétence-compétence, tel que reconnu en droit français à l'article 1448 du Code de procédure civile.

1° Exigence de principe du consentement

424. – Nécessité du consentement. Classiquement et pratiquement, la question de l'existence du consentement se pose avec l'acceptation du contrat principal. La clause compromissoire est intégrée à un contrat et le consentement peut se réaliser par l'acceptation donnée à une offre de contrat ou à un document contractuel comportant une telle clause[1711], même si le principe d'autonomie veut

---

[1705] V. *infra*, n^os^ 561 et 600.

[1706] O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, 2010 (https://books.openedition.org/iheid/963) ; V. aussi : K. Youssef, *Consent in Context : Fulfilling the promise of international arbitration (Multiparty, Multi-Contract, and Non-Contract Arbitration)*, West, 2009. – V. A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012.

[1707] Paris, 19 déc. 1986, *Sofidif : Rev. arb.* 1987, p. 359. – Douai, 13 sept. 2001 : *Gaz. Pal.*, *Cah. arb.* 12-13 juin 2002, p. 15.

[1708] V. par ex. : J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, préc., n° 150 ; V. aussi A. Pinna, *Réflexions sur l'arbitrage forcé : Gaz. Pal.* 14-16 déc. 2008, p. 6, n° 351.

[1709] *Ch. 5 : Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements*, *in* G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 658.

[1710] Cass. 1^re^ civ., 19 mars 2002 : *JDI* 2003, p. 139, note E. Loquin.

[1711] Cass. 1^re^ civ., 11 mai 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 561, note L. Bernheim-Van de Casteele : référence faite aux conditions générales de vente comprenant une clause compromissoire par une lettre confirmant une commande. V., pour un ex. en droit comparé, Trib. féd. suisse, 4A_84/2015.

que, inversement, un vice affectant le consentement au contrat ne puisse pas affecter celui donné à la clause d'arbitrage. En droit commun des contrats, l'article 1113 du Code civil[1712] régit la rencontre des volontés des parties, le contrat naissant de la rencontre de l'offre et de l'acceptation[1713]. Plus spécifiquement, s'agissant de la clause compromissoire, qui demeure une « convention »[1714], l'article 2061 du Code civil pose le principe de l'exigence du consentement des parties qui, selon l'article 1442 du Code de procédure civile, « s'engagent » – mais plus du point de vue du destinataire de l'offre arbitrale que de l'offrant. Il y est prévu que « [l]a clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose ».

En effet, la question de l'« offre » arbitrale est rarement posée dans l'arbitrage commercial, à la différence de celle de l'« acceptation », tandis qu'elle se retrouve fréquemment dans l'arbitrage d'investissement où l'État s'engage à accepter le recours à l'arbitrage de l'investisseur, avant même qu'il existe un rapport de droit déterminé entre lui-même et l'investisseur destinataire de l'offre[1715]. Cette offre « publique » a pour objet un contentieux collectif et s'adresse à un nombre indéfini d'investisseurs indéterminés que le traité bilatéral d'investissement (TBI) définit de manière abstraite[1716]. On retrouve également une difficulté similaire en matière sportive, lorsque la clause arbitrale est contenue dans les statuts d'une association ou d'un règlement, auxquels l'athlète « adhère » en même temps qu'il s'inscrit à la fédération concernée[1717].

2° Caractéristiques du consentement requis

a) Le moment du consentement

425. – Le consentement de chaque partie peut être décalé dans le temps, chacune consentant à des moments différents. Le plus souvent, les consentements sont formulés simultanément, dans un contrat, mais rien ne s'oppose à ce que les parties décident qu'il

---

[1712]C. civ., art. 1113 : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur » ; V., pour l'existence du consentement de la société dans ses rapports avec les tiers : J. Traoré, *L'existence du consentement de la société dans ses rapports avec les tiers*, note ss Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-11.425 : *Rev. sociétés* 2020, p. 477.

[1713]F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2018, nos 130 et 162 : l'article 1128 couvre « le consentement des parties et analyse minutieusement, en sus des vices qui peuvent l'affecter, ce que ce consentement recouvre, c'est-à-dire la rencontre de l'offre et de l'acceptation (art. 113 à 1122) » (§ 130). « Curieusement, le code de 1804 ne contenait aucune disposition relative à l'accord des volontés… Aux termes de l'article 1113, le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ».

[1714]Comme le définit l'article 1442, alinéa 2, du Code de procédure civile : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ».

[1715]Pour une illustration récente, V. Sent. partielle sur la compétence CIRDI, 15 juill. 2020, n° UNCT/18/3, *Lee-Chin c/ République Dominicaine*, n° 118 ; V. aussi sur le caractère parfois perçu comme « forcé » de l'arbitrage d'investissement, J. Paulsson, *Arbitration without privity : ICSID Review* 1995, vol. 10, p. 232.

[1716]Ch. Schreuer, *The Future of Investment Arbitration*, *in* M. H. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane et S. Wiessner (éd.), *Looking to the future – Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, p. 787-803, spéc. p. 792. – Trib. féd. suisse, 1re Cour de droit civil, 25 mars 2020, n° 4A 306/2019 ; V. plus généralement *supra*, n° 156.

[1717]V. *supra*, n° 408.

en soit autrement et prévoient, par un acte distinct et éventuellement différé, le recours à l'arbitrage[1718].

Par ailleurs, selon que les parties concluent une clause compromissoire ou un compromis[1719], les consentements sont donnés, avant ou après la naissance du contentieux. À la différence du compromis où le consentement est apprécié plus libéralement, y compris lorsque celui qui l'a accepté est une partie faible[1720], celui donné à la clause compromissoire est en réalité un « consentement anticipé », qui est qualifié d'ailleurs, encore un peu sous l'angle de la suspicion, de « chèque en blanc qui peut être encaissé à une date future (encore inconnue) »[1721]. Il est vrai qu'il s'agit d'un véritable « aléa juridictionnel »[1722] qu'il est difficile d'appréhender au moment de la conclusion du contrat, mais que les parties choisissent, en principe en pleine de connaissance de cause, de laisser entre les mains d'une personne privée plutôt que d'un juge étatique. Le fait que la clause bénéficie désormais pleinement du statut de « convention d'arbitrage » ôte toute dépréciation à ce consentement différé.

b) Forme du consentement

426. – Un « contenant » principal ou distinct. Le consentement devrait, en principe, être exprimé de manière expresse. La convention d'arbitrage peut être contenue dans le contrat principal ou figurer dans un acte écrit distinct du contrat principal[1723], ce formalisme permettant de protéger l'intégrité du consentement des parties, mais également, en cas de circulation de la convention d'arbitrage, d'informer le cessionnaire de l'existence de la convention[1724]. Le consentement à l'arbitrage peut, par exemple, découler de l'adhésion, *via* une souscription, d'une personne aux statuts d'une personne morale ou, *via* l'achat d'un bien, à un règlement de copropriété prévoyant un recours à l'arbitrage[1725]. Si en principe, rien n'interdit aux entreprises d'insérer dans leurs contrats collectifs des clauses compromissoires anodines, qui ne seront pas toujours perçues à leur juste portée par les individus qui y souscrivent, il convient d'attirer plus spécialement l'attention d'une partie sur les conséquences de cette clause, et de s'assurer de la qualité de son consentement[1726]. Toutefois, si cette partie est jugée faible, et quand bien même elle aura accepté la clause en connaissance de cause, elle pourra toujours choisir de confirmer son accord ou d'y renoncer une fois le litige né.

[1718] L.-F. Pignarre, *Convention d'arbitrage : Rép. dr. civ.* Dalloz, déc. 2013, n° 39.

[1719] V. *supra*, n° 185.

[1720] Pour un exemple de compromis d'arbitrage où un assureur et son assuré ont signé un protocole après la naissance du litige, V. Cass. 1re civ., 25 févr. 2010 : *JCP* G 2010, II, p. 659, note A. Pelissier ; *JCP* G 2010, I, p. 516, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; *Gaz. Pal.* 6-8 juin 2010, p. 18, obs. D. Bensaude.

[1721] N. Blackaby et C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6e éd., 2015, p. 19.

[1722] Selon l'expression empruntée à : B. Moreau et L. Degos, *La clause compromissoire réhabilitée : Gaz. Pal.* 2001, p. 10.

[1723] CPC, art. 1443 ; V. *infra*, n° 477.

[1724] CA Paris, 25 nov. 1999, *Cimat : Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen ; *RTD com.* 1999, p. 377, obs. J.-C. Dubarry ; V. *infra*, n° 561.

[1725] Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 11 ; V. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1976, spéc. p. 15.

[1726] V. *supra*, n° 304.

427. – Signature nécessaire ? La signature est classiquement la forme la plus répandue d'expression du consentement exprès[1727], ayant une fonction d'adhésion au contenu de l'acte[1728] et d'extériorisation du consentement. La signature électronique, qui « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »[1729] est également une forme désormais admise par la loi pour consentir contractuellement[1730]. En revanche, le juge doit s'appuyer sur des preuves complémentaires à la simple signature scannée aux fins d'identifier avec certitude le signataire et sa qualité[1731]. Toutefois, en l'absence d'un tel procédé fiable, un courrier électronique ne peut, du moins en droit interne des contrats, représenter qu'un commencement de preuve par écrit[1732]. On a pu même se demander si une signature spéciale était nécessaire pour la clause compromissoire ou si, pour tout le contrat, une seule signature suffisait. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (art. 1[2][a]) a levé l'ambiguïté sur ce sujet, indiquant qu'il n'est pas exigé que la clause compromissoire fasse l'objet d'une acceptation spécifique et qu'il suffit que le contrat qui la contient soit signé par les parties[1733]. La jurisprudence française a jugé que la forme écrite de la convention d'arbitrage n'implique ni que chaque page du document contractuel soit paraphée, ni l'acceptation spécifique de la clause arbitrale[1734]. De manière générale, la signature (ou son absence) a rarement été un critère décisif pour apprécier le consentement à une clause d'arbitrage, ce que les mécanismes de circulation et de rayonnement de ladite clause à des « parties non-signataire » illustrent parfaitement[1735].

c) Expressions nuancées du consentement

428. – Consentement implicite et tacite. Le silence circonstancié peut valoir acceptation d'une clause compromissoire écrite figurant dans un document non signé par les parties, alors même que le contrat signé par elles ne faisait aucune référence à ce document[1736]. Tout semble partir, non pas tant d'une acceptation, ou même d'une offre, mais d'une connaissance, même présumée, de l'existence de la clause arbitrale.

Pour être efficace, la clause compromissoire doit répondre à une condition fondamentale : avoir été acceptée, conformément à la rédaction de l'article 2061 du Code civil[1737]. La jurisprudence admet en effet que le consentement soit parfois

---

[1727]C. civ., art. 1367, al. 1 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte ».

[1728]L. Siguoirt, *Preuve par écrit : JCl. Civil Code*, 2020, n° 20.

[1729]C. civ., art. 1367, al. 2.

[1730]V. G. Parleani et I. Parleani, *Accepter d'un « clic », sans lire et sans comprendre, pour se rétracter ensuite, ou les services financiers à l'heure d'Internet*, in *Mél. J.-J. Daigre*, Joly éd., 2017, p. 605 et s.

[1731]E. A. Caprioli, *Signature électronique* v. *signature informatisée : Comm. com. électr.* 2020, comm. 85, p. 1. – V. Cass. 2e civ., 28 mai 2020, n° 19-11.744.

[1732]Cass. 1re civ., 26 sept. 2019, n° 18-16.523 : *Comm. com. électr.* 2019, comm. 195, L. Leveneur ; V. aussi *infra*, n° 474.

[1733]O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, préc., n° 149.

[1734]Paris, 26 juin 1987, *Sté Entr. Guy Broussail* c/ *Sté Marbrerie de Bel Air et al. : Rev. arb.* 1990, p. 905, note Moreau ; sur la signature de la clause compromissoire, V. Cass. 1re civ., 15 janv. 2020, n° 18-20.102 : *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

[1735]V. *infra*, n° 561 et s.

[1736]E. Loquin, *Synthèse – Arbitrage en droit interne : notion, convention d'arbitrage, compétence : JCl. Procédure civile*, 2 juin 2020, n° 26 ; V. toutefois *contra* : Cass. 1re civ., 9 nov. 2016, n° 15-25.554, inédit : *RTD com.* 2017, p. 4, obs. E. Loquin.

[1737]À l'occasion des débats parlementaires de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle, il avait été question d'imposer que cette clause soit « expressément acceptée » mais cette exigence a finalement

simplement exprimé tacitement[1738]. Par exemple, en cas de succession dans les obligations substantielles d'une partie signataire de la convention d'arbitrage, de transmission de droits affectés d'une convention d'arbitrage, de participation au contrat substantiel contenant la convention d'arbitrage ou encore de simple implication dans l'exécution du contrat[1739].

429. – Atténuation de l'expression du consentement. Il ressort des dispositions de l'article 2061 du Code civil qu'une économie de consentement est possible lorsqu'une partie a succédé aux droits et obligations de la partie qui a initialement accepté la clause compromissoire. C'est la question de l'acceptation de la convention par la partie, nouvelle ou substituée, à laquelle on l'oppose[1740]. Dans le cadre d'une transmission à titre particulier d'un droit substantiel, où celui-ci est transféré d'un patrimoine à un autre en vertu d'une opération juridique à trois personnes[1741], la clause compromissoire convenue sera « transmise » automatiquement à l'ayant cause et aura pour effet de tenir ce dernier au respect de la convention d'arbitrage, quand bien même il n'y aurait pas exactement consenti. Le même principe s'applique pour d'autres mécanismes de substitution légale, plutôt que contractuelle, par exemple en cas de transmission universelle de patrimoines. On retrouve une autre application de cette atténuation consensuelle dans les cas d'« extension » de la clause d'arbitrage aux autres sociétés non signataires dans le cadre d'un groupe de sociétés[1742] et même parfois par l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société signataire, y compris pour sanctionner une fraude de sa part[1743].

430. – Clarté de l'expression du consentement. L'acceptation, qui rencontre l'offre, doit être éclairée[1744] et il ne doit pas y avoir d'ambiguïté sur le recours à l'arbitrage ; même la clause qui contiendrait le seul mot « arbitrage » peut être considérée aujourd'hui comme remplissant cette exigence[1745]. Ce n'est pas la clause compromissoire qui doit être claire, mais le consentement sur le recours à l'arbitrage. Ainsi, les clauses d'arbitrage improprement rédigées et présentées comme des « clauses pathologiques »[1746] peuvent être neutralisées lorsqu'elles font douter de la réalité de la volonté des parties de recourir à un arbitrage[1747]. Par exemple, aucun accord de volontés

---

été abandonnée pour éviter d'exclure l'acceptation tacite de la clause compromissoire : V. le texte de la commission n° 3726 déposé le 6 mai 2016 (www.senat.fr/dossier-legislatif, consulté le 24 nov. 2020) : « Art. 2061. – La clause compromissoire doit avoir été expressément acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ».

[1738]Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11.567.

[1739]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 11.

[1740]Sur ce sujet, V. *infra*, n° 561 et s.

[1741]Par ex. dans le cadre d'une cession de créance (C. civ., art. 1321 et s., anciens art. 1689 et s.).

[1742]Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, obs. Chapelle ; V. aussi CA Pau, 2e ch., 26 nov. 1986 : *Rev. arb.* 1988, p. 153, note A. Chappelle ; sur ce sujet, V. *infra*, n° 637.

[1743]Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 73, obs. Cohen.

[1744]Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11e éd., 2020, p. 273.

[1745]Sur ce sujet, V. *infra*, n° 498.

[1746]Sur ce sujet, V. *infra*, n° 495.

[1747]CA Paris, 20 nov. 2003 : *Rev. arb.* 2005, p. 1054, note Jarrosson, où la clause prévoyait pour tout litige « avant toute procédure judiciaire, d'en confier le règlement à un tribunal arbitral composé de trois membres (…) », avant de conclure à la compétence exclusive du tribunal de commerce de Versailles « [d]ans le cas où aucune conciliation ne serait possible (…) ; la cour d'appel ayant finalement considéré la référence à un tribunal arbitral

clair ne peut être déduit d'une clause ou d'une concurrence de clauses qui prévoient simultanément le recours à l'arbitrage et la compétence judiciaire pour les mêmes litiges[1748]. Sauf cette dernière situation, les juges, en général et en cas de doute, tenteront de sauver la clause. Cette faveur faite à la qualification d'arbitrage a été déjà exprimée en termes clairs par les tribunaux : « [l]a clause compromissoire équivoque doit être interprétée en considérant que si les parties n'avaient pas voulu soumettre leur différend à l'arbitrage, elles se seraient bornées à passer sous silence la possibilité de recours aux arbitres »[1749].

d) Protection spécifique du consentement

431. – Inopposabilité de la clause compromissoire au non-professionnel. La modification en 2016 de l'article 2061 du Code civil ouvre potentiellement, sous la seule condition de son acceptation, l'insertion valable des clauses compromissoires dans n'importe quel type de contrats, dont les contrats de consommation. Si le droit français n'exclut pas la clause compromissoire dans les contrats de consommation, mais la présume abusive, le consommateur pourra toujours bénéficier de la règle de l'option lui permettant de considérer, ou non, la clause compromissoire comme lui étant inopposable[1750]. La règle ne vaut cependant qu'en matière interne de telle manière que, s'agissant d'un litige international de consommation soumis à arbitrage, la clause compromissoire est valable par principe, comme règle matérielle du droit de l'arbitrage international. Par conséquent, il faudrait que le droit français soit la loi du contrat pour que le consommateur puisse invoquer le caractère abusif de la clause devant le tribunal arbitral pour que ce dernier se déclare incompétent, pour ensuite pouvoir saisir le juge étatique. L'arrêt *PWC* du 30 septembre 2020 (V. *supra*, n° 318 et s.) considère en effet que l'effet négatif du principe compétence-compétence n'impose pas de renvoyer le consommateur devant l'arbitre pour discuter de sa compétence, laissant ainsi ouverte la question de l'extension de cette solution à d'autres parties faibles.

B. – Validité du consentement

432. – Un consentement exempt de vices. En droit français, le consentement à une convention d'arbitrage doit être libre, éclairé et exempt de vices, faute de quoi il est entaché de nullité[1751]. Comme toute convention, la validité des conventions d'arbitrage est susceptible d'être mise en cause en raison de la présence d'un vice du consentement[1752], hypothèse très rarement invoquée pour se soustraire au jeu de la convention d'arbitrage[1753].

"ne constitue pas une procédure d'arbitrage mais une simple procédure de conciliation préalable à la saisine de la justice étatique" ».

[1748] Y. Strickler, *Arbitrage. – Convention d'arbitrage : JCl. Civil Code*, 27 déc. 2016, n° 32 ; V. CA Paris, 14 oct. 2014, n° 14/12478, *Mount Gay Distilleries et Rémy Cointreau* c/ *Somaf et Sodimar : Gaz. Pal.* 21-24 nov. 2014, obs. Bensaude ; sur la discussion de l'existence ou non d'une clause pathologique, V. CA Montpellier, 5 mars 2020, n° 15/08584 et CA Bordeaux, 11 juin 2020, n° 17/06155, *La Ferme du GAT*.

[1749] TGI Paris, 1er févr. 1979 : *Rev. arb.* 1980, p. 97, note Fouchard ; V. pour un exemple de clause ambiguë portant sur le choix du centre d'arbitrage : B. Derains et Y. Derains, *UOP NV* v. *BP France SA et a., Cour de cassation, Arrêt n° 228 du 20 février 2007 : A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 20 févr. 2007 ; Sent. rendue à Budapest, 18 avr. 2000 : *Rev. arb.* 2002, p. 1019, note Ph. Cavaliéros.

[1750] V. *supra*, n° 312 et s.

[1751] M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 183.

[1752] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, *op. cit.*, 1993, n° 112.

[1753] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 323, n° 525.

433. – Appréciation de l'intégrité du consentement. L'intégrité des consentements est appréciée de manière autonome[1754] ; le vice de consentement devra être caractérisé à l'égard de la convention d'arbitrage même et non simplement à l'égard du contrat principal[1755]. Certains auteurs ont distingué trois cas, théoriquement pertinents mais particulièrement difficiles à établir en pratique[1756] : un même vice affecte à la fois l'acte substantiel et la clause compromissoire : il doit être apprécié de manière distincte pour chacun d'eux ; un vice affecte le seul contrat principal : la sanction de celui-ci ne s'étend pas à la convention ; un vice entache la seule clause compromissoire, mais ne « contamine » pas l'acte substantiel.

434. – Applications. Une partie peut établir que son consentement à la convention d'arbitrage est absent, ou résulte d'une erreur[1757], d'une manœuvre dolosive[1758] ou encore d'une violence. Le cas le plus fréquent est celui de l'erreur, moins une erreur sur la personne de l'arbitre que sur ses qualités substantielles, son indépendance et son impartialité[1759]. L'erreur peut également porter sur l'objet du litige, sur l'identité des parties, sur l'inexactitude ou encore sur la fausseté des éléments qui avaient déterminé une partie à conclure la convention d'arbitrage[1760].

À titre d'illustration d'un cas de « violence », il a pu être allégué, dans une procédure internationale arbitrale *ad hoc*[1761], que le consentement à la convention d'arbitrage, insérée dans une transaction censée régler amiablement un litige ayant impliqué des manœuvres frauduleuses de la part de la partie qui invoquait ce vice, était entaché d'une violence morale causée par la crainte d'un nouvel emprisonnement, suite à l'incarcération ayant précédé la transaction. Le tribunal arbitral, tout en admettant que le défendeur ait pu se sentir contraint par la procédure pénale dirigée à son encontre, a retenu que la violence n'était pas caractérisée puisque des événements passés ne pouvaient avoir vicié le consentement du défendeur au moment de la transaction. Dans une autre affaire où la réticence dolosive était invoquée par une des parties à l'arbitrage mais au sujet du choix de l'arbitre[1762], celle-ci estimait qu'elle avait accepté, sur proposition de l'autre partie, la nomination d'un arbitre unique, tout en ignorant que ce dernier était en fait associé de l'avocat qui représentait la partie adverse à l'origine de cette proposition. La Cour de cassation a estimé « qu'au moment où la société Georges a accepté de désigner son arbitre, elle ignorait ses liens d'association [de l'arbitre] » et a censuré l'arrêt d'appel qui écartait l'erreur alléguée sur la qualité substantielle de la personne choisie comme arbitre.

[1754]L.-F. Pignarre, *Convention d'arbitrage*, préc., n° 41.

[1755]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n[os] 634 et s.

[1756]L.-F. Pignarre, *Convention d'arbitrage*, préc., n° 41.

[1757]Cass. 2[e] civ., 13 avr. 1972, *Cts Ury* c/ *Galeries Lafayette : Bull. civ.* 1972, II, n° 91.

[1758]Pour une application du dol sous la forme d'une réticence : Cass. com., 16 juill. 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 372.

[1759]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 151.

[1760]M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 183.

[1761]La cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue à Paris le 14 août 2017, qui touchait à cette question, même s'il ne s'agissait pas d'un des moyens invoqués dans le cadre du recours : V. CA Paris, 2 juin 2020, n° 17/17373.

[1762]Cass. com., 16 juill. 1964 : *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 372 ; V. aussi CA Paris, 7 mai 1968 : *Rev. arb.* 1968, p. 61. – Cass. 1[re] civ., 15 janv. 2014, n° 11-17.196, *Azran* c/ *X, Y, Z et a. : Bull. civ.* 2014, I, n° 1 ; *D.* 2014, p. 219, obs. X. Delpech.

§ 2. – La capacité et le pouvoir de compromettre

435. – Au-delà du nécessaire consentement à l'arbitrage, les conditions de capacité et de pouvoir sont des notions tout aussi clés, tout en étant liées et cumulatives car il faut être capable de compromettre et disposer du pouvoir de le faire pour véritablement consentir. La capacité implique la possibilité pour une personne de conclure un acte juridique et renvoie, ici, à l'aptitude d'une personne à se soumettre à l'arbitrage, de manière similaire à la capacité à transiger. Le pouvoir suppose la possibilité qu'une personne dispose de la possibilité de consentir seule à un arbitrage, ce qui peut être entravé par des situations juridiques diverses, les époux communs en bien, des indivisaires, le mineur ou le majeur protégé, le dirigeant d'une société, un mandataire, *etc.* En pratique, cette question se concentre autour du pouvoir dont dispose une personne pour en engager une autre, soit en vertu d'un mandat général ou spécial ou d'un « mandat social », par exemple tiré des statuts d'une personne morale. Si la convention d'arbitrage est conclue pour le compte d'autrui, celui qui contracte doit avoir été autorisé à le faire, disposer du pouvoir nécessaire[1763]. Les deux notions se rencontrent car la restriction à la capacité à exercer un droit, ici celui de compromettre, implique des pouvoirs de représentation conférés à un tiers sur ce droit. À l'inverse, ces notions se distinguent car la capacité s'apprécie sans véritable considération des biens sur lesquels elle porte, alors que le pouvoir se définit par rapport à la nature de certains biens et par le fait que le pouvoir se définit par rapport à l'étendue de la mission confiée au représentant[1764].

436. – Conditions contractuelles et spécificités arbitrales. La validité d'une convention d'arbitrage dépend des conditions classiques de validité d'un contrat. Cependant, des spécificités importantes existent en raison de l'aspect mixte de cette convention (acte conventionnel à objet juridictionnel) (A) et il est important de distinguer les questions de capacité et de pouvoir des personnes physiques (B) et celles des personnes morales (C).

A. – L'aspect mixte des notions de capacité et pouvoir de compromettre

437. – La question de la capacité de compromettre a aujourd'hui un objet double. Elle concerne en premier lieu la question de sa classification (1°), puis celle de sa nature : plutôt contractuelle que judiciaire (2°).

1° Une classification entre acte d'administration et acte de disposition

438. – Compromettre : acte de disposition ou d'administration ? La classification de l'acte de compromettre n'est pas aisée, car il pourrait rentrer dans plusieurs catégories : acte de disposition, acte d'administration, acte conservatoire. Traditionnellement, conclure une convention d'arbitrage est considéré comme un acte de disposition du fait de la gravité supposée de l'acte concerné que sous-tend l'idée de renoncer au droit de recourir à la justice étatique. L'article 2059 du Code civil

---

[1763] A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 18e éd., 2019, n° 41.

[1764] E. Loquin, *Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fonds : consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1022, juill. 2012, n° 12.

subordonne ainsi l'acte de compromettre à la faculté de « disposer »[1765]. D'autres dispositions l'assimilent à un acte de disposition : c'est notamment le cas de l'article 1989 du Code civil par exemple, qui considère le fait de compromettre comme plus grave que celui de transiger, ce qui n'est pas si évident par ailleurs. L'idée reste que la transaction est principalement un processus qui vise à rapprocher les parties qui s'opposent, alors que l'arbitrage est une justice qui tranche le litige sans chercher l'approbation des parties. Une transaction n'aboutira que si les parties se mettent d'accord, tandis qu'un arbitrage aboutit à une décision pour trancher le désaccord entre les parties[1766].

La doctrine conteste le caractère systématique de cette qualification, en ce que l'arbitrage est devenu un mode classique de règlement des litiges. Certains auteurs pensent que l'acte pourrait être considéré tantôt comme un acte de disposition, tantôt comme un acte d'administration selon l'objet du litige ou les circonstances de sa conclusion[1767]. À titre d'illustration, une des alternatives envisagées serait de considérer cet acte comme un acte de disposition uniquement à l'égard de la convention d'arbitrage stipulant l'amiable composition, car, dans ce cas précis, les parties renoncent à l'application stricte du droit au profit d'un usage par l'arbitre de l'équité[1768], introduisant ainsi une part d'aléa trop importante pour conserver la convention d'arbitrage dans la catégorie des actes d'administration. Pourtant, le droit positif interne maintient l'application de la conception traditionnelle d'acte grave, notamment au regard des règles de capacité concernant certaines parties faibles (mineurs, majeurs protégés, *etc.*)[1769]. Il serait sans doute plus juste de nuancer davantage : la capacité d'arbitrer pourrait être considérée par principe comme un acte d'administration et, exceptionnellement, comme un acte de disposition dans la configuration de l'article 2061 du Code civil (précisément dans les cas où il s'agit d'un litige entre un non-professionnel lambda à l'égard d'un autre professionnel).

2° La nature contractuelle de l'acte de compromettre

439. – Assimilation à une capacité de contracter. Le droit positif ne traite pas véritablement de la capacité d'une partie à compromettre comme une question de capacité d'ester en justice, mais l'assimile plutôt à celle de contracter[1770]. De plus, dans un arrêt de 2000, la Cour de cassation censura une décision de cour d'appel qui assimilait le compromis à une action en justice en estimant « que le compromis litigieux tendait au partage de biens communs dont le signataire n'avait pas la libre disposition », faisant du compromis un acte de disposition. Ainsi, la qualification de l'acte dépend réellement de l'objet du compromis[1771].

[1765]Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 86.

[1766]V. en ce sens : V. H. Slim, *Transaction : JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 240, 29 août 2017, n^{os} 56 et s. – Th. Clay, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{e} siècle » : JCP* G 2016, p. 1295 ; V. égal. : Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 3, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, n° 3019 : « Il est plus dangereux de s'en remettre à des arbitres dont la sentence peut dépasser toutes les prévisions que de mesurer soi-même dans une transaction l'étendue des sacrifices qu'on s'impose ».

[1767]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 120-122.

[1768]E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, 1980, n^{os} 54 et s. ; en ce sens : CA Paris, 28 nov. 1996 : *Rev. arb.* 1997, p. 380, note E. Loquin.

[1769]V. *infra*, n° 441.

[1770]Cass. civ., 18 mai 1942 : *DP* 1859, 1, 113.

[1771]V. Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 97-19.920 : *Rev. arb.* 2002, p. 661, note H. Lécuyer ; V. égal. en matière

B. – La capacité et le pouvoir d'une personne à compromettre

440. – Généralité et plan. La question de la capacité d'une personne à compromettre renvoie à la notion d'arbitrabilité subjective[1772]. L'article 2059 du Code civil dispose que : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Cette règle ainsi posée paraît prévoir que toute personne ayant la libre disposition de ses droits peut compromettre (1°). La question du pouvoir se distingue de celle de la capacité car elle concerne les cas où une personne agit dans l'intérêt d'un tiers. Ce n'est donc plus la protection de la personne elle-même qui est en jeu, mais celle de ce tiers. C'est plus généralement l'aptitude à exercer les droits d'autrui (personne physique ou morale) et à agir pour le compte de cette tierce personne dans les limites de l'investiture reçue (2°).

1° La capacité d'une personne physique à compromettre

441. – Illustrations. Les questions de capacité de contracter ne se posent en pratique que très rarement et ne concernent en général que les cas des mineurs et majeurs protégés. En effet, l'article 1145 du Code civil énonce que peut compromettre toute personne physique qui n'est pas frappée d'une incapacité prévue par la loi, laquelle vise expressément, pour leur incapacité de contracter, les mineurs non émancipés et les majeurs protégés (C. civ., art. 425). Dans ce dernier cas, la situation des majeurs protégés dépendra de la représentation ou de l'assistance nécessaire : un majeur sous tutelle ou curatelle aura besoin de son tuteur ou curateur s'il veut compromettre[1773], tandis que simplement sous sauvegarde de justice, elle pourra compromettre seule[1774]. En pratique, en matière d'arbitrage la capacité est davantage une question théorique ou plus exactement hypothétique, car il est rare qu'une clause d'arbitrage soit soumise par un mineur ou un majeur incapable, même si des situations nouvelles peuvent émerger avec le consentement donné par des mineurs sur les réseaux sociaux ou pour conclure des contrats en ligne. En effet, des contrats de fourniture de services des réseaux sociaux posent des questions relativement à la capacité des mineurs[1775]. Il arrive que des contrats prévoient que l'inscription d'un mineur sous-entende une autorisation préalable des parents[1776]. Certaines de ces clauses sont particulièrement dangereuses, notamment celles de traitement des données personnelles ou de clauses de loi applicable et de clauses compromissoires[1777].

---

successorale deux arrêts aux positions contraires : Cass. 2e civ., 7 nov. 1974 : *Rev. arb.* 1975, p. 302, note E. Loquin et Cass. 1re civ., 26 oct. 1976 : *Rev. arb.* 1977, p. 327.

[1772] V. *supra*, n° 260.

[1773] C. civ., art. 506 qui énonce que : « Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge les clauses de la transaction ou du compromis et, le cas échéant, la clause compromissoire ». V. aussi C. civ., art. 467.

[1774] L'article 435, alinéa 2 du Code civil prévoit pourtant la possibilité de rescision pour lésion dans ce type de situation.

[1775] L. n° 2018-493, 20 juin 2018, relative à la protection des données personnelles fixe la capacité numérique à quinze ans au lieu de dix-huit ans.

[1776] La loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 énonce que pour les mineurs âgés de treize à quinze ans, les opérateurs de sites devront recueillir le consentement de l'enfant ainsi que celui de ses représentants légaux afin d'autoriser la collecte de ses données personnelles.

[1777] S. Piedelièvre, *La recommandation de la commission des clauses abusives relative aux contrats proposés par les*

2° Le pouvoir de compromettre du mandataire

442. – L'exigence générale d'un mandat spécial. Le pouvoir des personnes physiques de compromettre en vertu d'un mandat est renforcé. L'article 1988 du Code civil dispose en effet que : « Le mandat conçu en des termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ». L'acte de compromettre étant considéré comme un acte de disposition, il est nécessaire de conclure un mandat exprès et spécial, un mandat général ne suffisant pas[1778].

443. – L'existence d'un mandat apparent. Par exception, il est possible d'appliquer la théorie du mandat apparent et de reconnaître la capacité de compromettre d'une personne sans mandat, si l'autre partie à la convention d'arbitrage a pu légitimement croire en la réalité des pouvoirs du mandataire apparent. À titre d'exemple, la jurisprudence décide qu'une société était engagée par son directeur technique qui avait conduit les négociations ayant donné lieu à l'opération en litige, le cocontractant ayant légitimement pu croire que cette personne disposait du pouvoir de compromettre. La société se trouve liée par son mandataire apparent[1779].

444. – Les contrats de groupements. Dans le cas de contrat de groupement, il est important de considérer la capacité d'agir en justice des membres. En effet, l'absence de personnalité juridique d'un groupement implique par définition qu'il lui est impossible de disposer d'une capacité d'ester en justice, comme rappelé par la jurisprudence, notamment française, pertinente pour déterminer le régime de l'action d'entités françaises. En effet, la Cour de cassation estime, de manière constante, qu'une entité dépourvue de la personnalité morale ne peut agir en justice[1780]. À l'inverse, il est généralement considéré que les personnes ayant un intérêt légitime, direct et personnel au succès d'une prétention ont le droit d'agir en justice[1781]. Il en va naturellement des titulaires des droits au titre d'un contrat, quand bien même ceux-ci seraient organisés en groupement. En effet, les tribunaux français ont admis en matière d'arbitrage, dans un arrêt de 2003, que le comportement des membres du groupement sociétaire semblait indiquer l'existence d'une société (apports, contribution aux pertes, *affectio societatis*) et qu'ainsi les règles légales relatives aux associés en participation auraient dû s'appliquer. Or, en établissant l'existence d'un contrat de société en participation – subordonnée à une exigence de forme – le juge est tenu de lui donner pleine force obligatoire, dans son intégralité, donnant ainsi effet également à la partie de l'accord portant sur le contentieux arbitral[1782].

445. – Le cas des époux : tout dépend du bien. Les époux ont en principe la pleine capacité et disposition de leurs droits[1783]. Pourtant, en ce qui concerne leur capacité de compromettre, elle dépend des biens concernés. S'agissant des biens

---

fournisseurs de services de réseaux sociaux : Comm. com. électr., févr. 2015, p. 1 ; V. *supra*, n^{os} 224 et s. et not 234, 315.

[1778]M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly éd., 1990, n° 176.

[1779]CA Paris, 4 janv. 1980 : *Rev. arb.* 1981, p. 160, note P. Level ; V. égal. A. Danis-Fantôme, *Apparence et Contrat*, LGDJ, 2004.

[1780]Cass. 2^{e} civ., 15 janv. 1992, n° 90-17.649. – Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-60.341.

[1781]M. Brandac, *Vérification de l'intérêt à agir*, *in* S. Guinchard (éd.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 9^{e} éd., 2016, n° 101.10.

[1782]Pour une illustration arbitrale dans le cadre d'une convention de groupement en droit interne, V. CA Lyon, 3^{e} ch. civ., 6 févr. 2003 : *Procédures* janv. 2006, n° 1, p. 2 ; v. plus gén. Pour l'arbitrage en matière sociétaire, *supra*, n° 337 et s. et pour le rôle de l'apparence dans ces apparences, *infra*, n° 467.

[1783]C. civ., art. 216.

propres de chaque époux, chacun est libre de compromettre et un mandat peut être donné par un époux à l'autre pour qu'il puisse compromettre sur ces biens, il s'agit d'un mandat de représentation suffisamment large[1784]. S'agissant des biens communs, pour lesquels chaque époux a le pouvoir d'administrer et de disposer seul (C. civ., art. 1421), il existe une exception pour certains actes, listés à l'article 1424, que les époux ne peuvent passer l'un sans l'autre, comme un immeuble ou un fonds de commerce.

446. – Le mandat *ad litem* de l'avocat. En ce qui concerne le mandat *ad litem*, c'est-à-dire le mandat donné à l'avocat par son client, celui-ci ne comprend que les actes nécessaires au procès (ou donc à l'instance arbitrale). L'avocat, pour compromettre, a besoin d'un mandat spécial de son client, sans lequel l'acte serait inopposable au client qui ne serait lié ni par le compromis ni par la sentence rendue. Ainsi, il est admis que le mandat *ad litem* ne confère pas le pouvoir de compromettre[1785].

C. – La capacité et le pouvoir de compromettre des personnes morales

447. – La question de la capacité d'une personne morale à compromettre suggère qu'on doive l'analyser selon deux axes : le droit privé (1°) et le droit public (2°), car en principe les personnes morales de droit public n'ont pas automatiquement ou nécessairement capacité pour compromettre.

1° La capacité et le pouvoir de compromettre d'une personne morale de droit privé

448. – Principe. Une personne morale de droit privé possède la capacité de compromettre, mais elle requiert que le pouvoir de compromettre en son nom soit donné à des représentants de cette personne morale, légalement et/ou dûment autorisés[1786].

449. – Pouvoir du dirigeant d'engager la société. En effet, si une société exprime son consentement à l'arbitrage, il est nécessaire que la convention d'arbitrage ait été signée par une personne justifiant d'un pouvoir régulier et plus particulièrement une personne qui agit en tant que représentant de la société, ce qui est notamment le cas, en droit interne, des dirigeants sociaux[1787] (et, lorsque la société est à responsabilité limitée, même lorsque les dirigeants dépassent l'objet de leur mission)[1788]. Ce pouvoir « arbitral » a été progressivement reconnu, la jurisprudence reconnaissant que les dirigeants sociaux doivent être considérés comme ayant le pouvoir de conclure des conventions d'arbitrage opposables à la société sans pouvoir spécial[1789]. Pour autant, une distinction doit être faite entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux. En

---

[1784]E. Loquin, *Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fonds : consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1022, 2012, n° 37-38.

[1785]J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage – Droit interne, Droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, p. 21, n° 22.

[1786]E. Loquin, *Arbitrage. – Conventions d'arbitrage. – Conditions de fonds : consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause*, préc., n° 42.

[1787]Les dirigeants sociaux qui engagent la société sont en principe les gérants dans les sociétés civiles, SNC (où tous les associés sont en principe gérants), SARL, S.C. (simples/par actions) et le directeur général ou le président dans les SA/SAS. En ce qui concerne les associations, c'est le président de l'association (V. par ex. : P. Macqueron, *Mémento Associations*, Memento Pratique, éd. Francis Lefebvre, 2018).

[1788]M. Cauzian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30e éd., 2017, p. 156, n° 376.

[1789]X. Boucobza, *Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage : Rev. arb.* 2013, p. 633, spéc. p. 636.

effet, dans une société de personnes la société n'est par principe pas engagée par un acte qui dépasse l'objet social par le dirigeant[1790]. À l'inverse, pour les sociétés de capitaux, comme pour celles à risque limité telles que les SA et SARL[1791], ce pouvoir de compromettre est bien reconnu comme étant de gestion courante et que la société sera engagée, malgré le dépassement de l'objet social vis-à-vis des tiers de bonne foi[1792].

Un associé minoritaire d'une société civile pourrait par ailleurs contester l'insertion nouvelle d'une clause compromissoire dans les statuts en cas de litige entre les associés ou entre les associés et la société, incluant les litiges concernant la perte de qualité d'associé et ses conséquences quand bien même cette insertion avait été régulièrement votée par l'assemblée générale des associés[1793].

450. – Cas d'absence de pouvoir spécial. En principe, une personne qui n'est pas un dirigeant « social » *per se*, par exemple un administrateur, un associé, un salarié, *etc.*, n'a pas de pouvoir pour engager la société. Il faut donc en principe un pouvoir spécial attribué par le biais d'un mandat (ou plus précisément en droit des sociétés de délégation de pouvoirs)[1794]. Or, la jurisprudence, notamment en matière internationale, a évolué pour permettre aux conventions arbitrales d'être efficaces et d'engager la société dans le cas où le cocontractant a légitimement pu croire à l'existence de ce pouvoir de représentation[1795] sur le fondement de la théorie de l'apparence[1796], y compris en droit interne[1797]. On retrouve d'ailleurs, dans d'autres branches du droit des sociétés, la règle de l'apparence. Ainsi, s'il est admis que les actes conclus par les associés ou dirigeants pour le compte d'une société en formation sont repris une fois la société immatriculée et réputés avoir dès l'origine été contractés par celle-ci[1798], le mandat apparent vient au secours du tiers cocontractant d'un de ces associés de la société en formation, pour lier la société une fois constituée, quand bien même ce dernier aurait agi en dehors du mandat donné par ses associés fondateurs[1799]. De plus, en cas de délégation de pouvoir, la société pourra être tenue par les actes conclus en

---

[1790]Paris, 22 mars 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 111 ; V. L. 24 juill. 1966, art. L. 14, al. 1 (SNC) et L. 24 juill. 1966, art. L. 24 (commandite simple) et C. civ., art. 1849, al. 1 (société civile).

[1791]Paris, 24 mars 1960 : *Rev. arb.* 1960, p. 50 ; pour la SARL, cette solution est prévue par l'article L. 223-18 du Code de commerce.

[1792]V. C. com., art. L. 223-18 pour la SARL ; art. L. 225-56 pour la SA ; art. L. 225-64 pour la SA ; art. L. 227-6 pour la SAS ; art. L. 226-7 pour la SCA.

[1793]V. Cass. com., 20 oct. 2015 : *Rev. sociétés* 2016, t° 9, p. 536, note B. Le Bars, « Droit des sociétés et arbitrage : Intérêt à agir en suppression d'une clause d'arbitrage statutaire : indifférence du bien-fondé de l'action de l'actionnaire minoritaire ». Dans cet arrêt, une clause compromissoire avait été insérée dans les statuts de la société après avoir été régulièrement votée par l'assemblée générale des associées. Or, un des associés minoritaires contesta cette insertion.

[1794]D. Cohen, *L'engagement des sociétés á l'arbitrage*, préc., spéc. p. 40-42.

[1795]Par ex. : Paris, 1re ch. C, 10 juin 2004 : *Rev. arb.* 2006, p. 154, note D. Cohen.

[1796]A. Danis-Fantôme, *Apparence et contrat*, *op. cit.*

[1797]CA Paris, 4 janv. 1980 : *Rev. arb.* 1981, p. 160, note P. Level. *Adde* : Ch. Jarrosson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *Études A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 238.

[1798]V. C. com., art. R. 210-5 et du D. 3 juill. 1978, art. 6.

[1799]V. Cass. com., 27 juin 2000 : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1135, note Ph. Didier (qui accueille implicitement la théorie de l'apparence en affirmant que « les circonstances n'avaient pu faire croire la société à la réalité des pouvoirs du signataire d'engager la société »). V. égal. Cass. com., 9 mars 1999 : *Dr. sociétés* 1999, chron. 10, Th. Bonneau. – Cass. com., 10 mai 2005 : *RTD com.* 2005, p. 548, note P. Le Cannu : ces arrêts ont admis l'engagement d'une société sur le fondement d'un mandat apparent.

son nom par son délégataire régulier. Le mandat apparent pourra également venir au secours du tiers contractant trompé par une délégation inexistante ou irrégulière[1800].

451. – Droit comparé. Des distinctions existent entre les systèmes juridiques : tandis que certains restent empreints d'un formalisme strict dans ce domaine (les Émirats arabes unis [EAU]), d'autres semblent plus flexibles et enclins à faire jouer l'apparence légitime, notamment au nom des principes de bonne foi et de sécurité juridique. En effet, la jurisprudence du droit OHADA confirme la logique selon laquelle la conclusion d'une clause compromissoire est un acte de gestion classique du contentieux sociétaire, ce qui donne pouvoir général aux dirigeants d'engager la société à l'arbitrage[1801]. À l'inverse, les non-dirigeants ont besoin d'un pouvoir spécial pour engager la société sur le plan arbitral. Cette position se retrouve en droits suisse et italien qui s'appuient sur le principe de bonne foi, d'apparence ou de croyance légitime pour justifier que soit engagée la société même en l'absence de pouvoir spécial[1802]. Ainsi, la jurisprudence italienne a adopté une solution proche des pouvoirs apparents en considérant que l'employé d'une société avait le pouvoir de compromettre, la charge de la preuve étant laissée à la partie qui prétend qu'il a agi *ultra vires*[1803]. Aux EAU, malgré des réformes récentes[1804], la position du législateur et des tribunaux reste encore incertaine. Ces règles étrangères méritent d'autant plus d'être mentionnées ici qu'elles ont pu donner lieu, pour des questions de pouvoir arbitral d'un mandataire, à une jurisprudence française malgré ces limitations en droit local des pouvoirs « arbitraux » d'un dirigeant (et une annulation au pays du siège), la sentence concernée a pourtant obtenu l'exequatur en France en application d'une clause compromissoire contenue dans un contrat international nonobstant le fait que la convention d'arbitrage serait, en droit émirati, nulle du fait du dépassement des pouvoirs du signataire[1805]. Cette logique n'est pas sans rappeler la neutralisation par le droit de l'arbitrage international de l'inarbitrabilité invoquée par certains États sur la base de leur droit national[1806].

2° La capacité et le pouvoir de compromettre d'une personne morale de droit public

452. – Principe d'interdiction. L'engagement contractuel d'une personne morale de droit public se rattache à la question de l'arbitrabilité subjective[1807], c'est-à-dire de la capacité de la personne qui exerce ce droit d'entrer en arbitrage. L'article 2060 du

---

[1800]D. Gibirila, *JCl. Commercial*, Fasc. 1050, *Dirigeants Sociaux. – Désignation. Exercice et cessation des fonctions*, 2015, n° 92.

[1801]Cour suprême de Côte d'Ivoire, ch. jud., arrêt n° 228/02, 14 mars 2002, *Sté des conserves de Côte d'Ivoire dite SCODI* c/ *SOGEF*. V. B. Le Bars, *Droit des sociétés et de l'arbitrage international – Pratique en droit OHADA*, Joly éd., 2011, spéc. p. 139.

[1802]V. J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.,* n° 274 et s.

[1803]C. cass. (ital.), 15 janv. 1992 : *Yearbook* 1993, p. 427.

[1804]Loi fédérale n° 6/2018, promulguée le 16 juin 2018, de la nouvelle loi sur l'arbitrage ; V. égal. la loi fédérale n° 2, 1er juill. 2015 (sur le droit des sociétés) : selon l'article 237 de l'ancienne loi en droit des sociétés, l'administrateur a « le contrôle total de la gestion de la société et ses actes engagent la société à condition qu'ils soient accomplis en sa qualité d'administrateur ». L'article 83, § 2, de la nouvelle loi de 2015 est en grande partie le même, mais au lieu de « directeur », la nouvelle loi semble plus large, et elle fait référence au « gestionnaire » comme ayant ce pouvoir.

[1805]V. *infra*, n° 467.

[1806]V. *supra*, n° 270 et s. et *infra*, n° 455.

[1807]V. *supra*, n° 280.

Code civil pose le principe que les personnes publiques ne peuvent pas compromettre : il s'agit des personnes morales qui relèvent du droit public, à savoir l'État lui-même, les régions, départements, communes, et les établissements publics et les autorités administratives indépendantes (AAI)[1808]. Cette incapacité de compromettre se fonde sur l'idée qu'une personne publique ne peut pas être jugée par une personne privée en raison du fait que l'intérêt public en jeu ne serait pas suffisamment bien pris en compte par les tribunaux arbitraux. Une des craintes exprimées était que, *via* l'arbitrage, on échappe au droit administratif français[1809].

453. – Aménagements. Pourtant, cette interdiction a fait face à de nombreuses critiques et petit à petit différents aménagements ont eu lieu. Tout d'abord, dès 1906, il a été permis à l'État, aux départements et aux communes de recourir à l'arbitrage dans les marchés de travaux publics[1810]. Ensuite, une loi du 5 juillet 1975 est venue rajouter un alinéa à l'article 2060 du Code civil, permettant aux établissements publics à caractère industriel et commercial d'être autorisés par décret à compromettre[1811]. Différents aménagements sont ensuite apparus. C'est ainsi que la SNCF[1812], la Poste[1813], EDF[1814], l'Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA)[1815], les établissements publics d'enseignements supérieurs[1816], le Louvre[1817], l'INSERM[1818], *etc.*, ont été autorisés à compromettre. De plus, dans le domaine des marchés publics, il a été énoncé[1819] que « l'État, les collectivités locales territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile »[1820].

454. – Le cas « Tapie ». L'affaire *Tapie*, dans laquelle un compromis arbitral avait été conclu entre Bernard Tapie et le Consortium de réalisation (CDR), structure de gestion de droit privé du passif du Crédit Lyonnais, a donné lieu à une sentence rendue contre cette société anonyme, elle-même détenue par un établissement public (l'EPFR) directement dépendant de l'État[1821]. Même si cette affaire n'a pas amélioré la méfiance traditionnelle, notamment des personnes publiques, envers le recours à l'arbitrage et donc une acceptation plus généralisée de l'arbitrage en matière administrative, il demeure que l'argument de l'inarbitrabilité du litige et de la contrariété du recours à

[1808] J.-P. Colson et P. Idoux., *Droit public économique*, Lextenso, 2018, n° 616.

[1809] B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Lextenso, 1re éd., 2018, § 1134.

[1810] Loi du budget, 17 avr. 1906, aujourd'hui à l'article 128 du Code des marchés publics.

[1811] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 27.

[1812] L. n° 82-1153, 30 déc. 1982, art. 25 ; V. C. transports, art. L. 2141-4 et L. 2141-5.

[1813] L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 28.

[1814] D. n° 2000-56, 8 janv. 2002.

[1815] D. n° 84-31, 11 janv. 1984, art. 11 et 11, 5°.

[1816] D. n° 2000-764, 1er août 2000 et D. n° 2002-56, 8 janv. 2002 : V. désormais C. éduc., art. L. 123-6.

[1817] D. n° 2008-879, 1er sept. 2008, portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif au musée universel d'Abu Dhabi, signé à Abu Dhabi le 6 mars.

[1818] D. n° 83-975, 10 nov. 1983, relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'INSERM (art. 8, 9°), mod. par D. n° 2009-278, 11 mars 2009, art. 7, 9° : *JO* 13 mars, p. 4639.

[1819] D. n° 2006-975, 1er août 2006, portant Code des marchés publics (art. 128).

[1820] Th. Clay, obs. in *D.* 2006, p. 3026.

[1821] CA Paris, 17 févr. 2015, n° 13/13278 : *D.* 2015, p. 1253, note D. Mouralis ; *D.* 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout ; *JCP* G 2015, p. 289, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2015, p. 832, note P. Mayer ; *LPA* 2015, n° 221, p. 8, note M. Henry ; *Gaz. Pal.* 3-4 avr. 2015, p. 17, obs. M. Boissavy ; *Procédures* 2015, étude 4, obs. L. Weille : dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris déclare recevable le recours en révision engagé contre la sentence arbitrale.

l'arbitrage dans cette affaire par rapport à l'article 2061 du Code civil, notamment parce qu'il « intéressait l'ordre public », n'a pu prospérer[1822].

455. – La réserve de l'arbitrage international. Cette interdiction générale de compromettre reste cantonnée au droit interne (avec des possibilités d'aménagements législatifs ou réglementaires ponctuels, comme déjà vu) et non aux conventions ayant un caractère international[1823]. En effet, dans l'arrêt *Galakis* de 1966, la Cour de cassation a énoncé qu'en matière internationale une personne morale de droit public française peut conclure une convention d'arbitrage[1824]. Pour autant, quelques années plus tard, au moment des négociations pour l'implantation du Parc *Eurodisney*, un conflit entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire est survenu concernant la validité de conventions d'arbitrage international incluant une personne publique française : alors que le Conseil d'État s'était opposé à l'insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat conclu entre des personnes morales de droit public et une société étrangère, estimant ainsi que l'article 2060 du Code civil devait s'appliquer même en matière internationale[1825], la Cour de cassation estimait à l'inverse que, les intérêts du commerce international étant en jeu, l'exclusion de l'article 2060 du Code civil devait en résulter. Pour régler ce litige et sauver le projet *Eurodisney*, l'État adapta sa législation en adoptant une loi en 1986 validant les clauses compromissoires dans les opérations d'intérêt national[1826].

456. – Droit comparé. La plupart des systèmes juridiques modernes acceptent désormais de reconnaître la capacité de leurs entités publiques à compromettre, sans distinction entre droit interne comme international. On peut citer les exemples du droit marocain[1827], espagnol[1828], péruvien[1829], libanais[1830]. Le nouveau droit des EAU reste silencieux sur la question, mais la pratique montre que l'État fédéral et les administrations gouvernementales admettent les arbitrages internes et ont fréquemment recours à l'arbitrage international[1831]. Pour finir, le droit algérien semble adopter une position contrastée : alors que la capacité de compromettre des personnes morales de droit public semble par principe limitée à « leurs relations économiques internationales

---

[1822]L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Lextenso, 2019, n° 667.

[1823]Paris, 13 nov. 2008, *INSERM* c/ *Fondation Letten F. Saugstad : Rev. arb.* 2009, p. 389, note M. Audit ; *D.* 2009, p. 2390, obs. S. Bollée, et p. 2962, obs. Th. Clay. – CE, 31 juill. 2009, *INSERM* c/ *Fondation Letten F. Saugstad : Rev. arb.* 2009, p. 540, note M. Audit ; *D.* 2009, p. 2390, obs. Th. Clay ; V. égal. D. n° 83-975, 10 nov. 1983, relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'INSERM (art. 8, 9°), mod. par D. n° 2009-278, 11 mars 2009, art. 7, 9° : *JO* 13 mars, p. 4639.

[1824]Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Galakis : D.* 1966, p. 575, note J. Robert ; *JCP* G 1966, II, 14708, note Ligneau ; *JDI* 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. Goldman ; V. *infra*, n° 465.

[1825]S. Lazaref, *L'arbitrage conquiert de nouveaux espaces, extrait du bloc-notes de S. Lazaref : Gaz. Pal.* juill. 2004, cah. arb., p. 10. – CE, 6 mars 1986 avis n° 339.710 : *GACE*, n° 15, obs. D. Labetoulle ; *Rev. arb.* 1992, p. 397.

[1826]L. n° 86-972, 19 août 1986, portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, art. 9 qui énonce : « Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats ».

[1827]Dahir n° 1-07-169, 30 nov. 2007, portant promulgation de la loi n° 08-05 (V. CPC marocain, art. 310/311).

[1828]V. loi (algérienne) 60/2003, 23 déc. 2003, art. 2.2 sur l'arbitrage.

[1829]Decreto Legislativo n° 1071, 27 juin 2008.

[1830]Loi (libanaise) n° 440, 29 juill. 2002 ; V. CPC, art. 762 nouveaux (et CPC, art. 809 pour l'arbitrage international) ; V. F. Quilleré-Majzoub, *Du nouveau en matière d'arbitrage interne au Liban : Commentaire de la loi du 29 juill. 2002 : Rev. jur. Ouest* 2003, p. 7.

[1831]V. Loi fédérale émiratie n° 6/2018, 16 juin 2018 ; pour une illustration célèbre impliquant le Gouvernement de Dubaï, V. CA Paris, 27 sept. 2005, *Bechtel : JCP* G 2006, p. 1174, obs. C. Seraglini ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 387, note Szekely ; *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. Muir Watt.

et en matière de marchés publics »[1832], la pratique internationale, accompagnée de lois pétrolières spéciales[1833], a permis d'établir une solution plus favorable à l'arbitrage, bien que le législateur semble plus distinguer entre les sociétés publiques impliquées[1834] qu'entre droits interne et international. De plus, la capacité des personnes morales de droit public à compromettre a été consacrée à l'article 2.1 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 et à l'article V-§ 1er de la Convention de Genève du 21 avril 1961 qui dispose que : « (…) les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage »[1835].

Section 2

La convention d'arbitrage international

457. – Introduction. Tandis que l'article 1504 du Code de procédure civile définit ce qu'est l'arbitrage international, la convention d'arbitrage international(e)[1836] n'est pas véritablement définie dans son principe par un corps de règles spécifiques qui pourraient en dessiner son régime propre dans le Code de procédure civile (contrairement au régime interne de la convention d'arbitrage, par ailleurs définie et dans le Code de procédure civile et le Code civil). Contrairement à la convention d'arbitrage interne, soumise à de multiples conditions, la convention d'arbitrage international est en principe valide sous réserve de compatibilité avec l'ordre public international[1837]. Par renvoi à l'article 1447 du Code de procédure civile, l'article 1506 prévoit qu'en matière internationale, la convention d'arbitrage dispose d'une

---

[1832]L'article 1006 du Code de procédure civile et administrative algérien (CPCA), énonce que : « Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. On ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes. Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ».

[1833]V. en dernier lieu Loi algérienne n° 19-13, 11 déc. 2019, régissant les activités d'hydrocarbures, art. 54 (entrée en vigueur suite à sa publication au *Journal officiel* le 22 décembre 2019).

[1834]V. L. 28 avr. 2005, art. 58 (L. n° 05-07, 28 avr. 2005 : *JO* 19 juill. 2005, n° 50) qui permet à l'Agence nationale pour la valorisation des ressources en hydrocarbures (ALNAFT) de recourir à l'arbitrage, tandis qu'il est fait référence à l'arbitrage du ministre chargé des hydrocarbures pour la SONATRACH (art. 58, al. 2 et 109, al. 2) ; V. à ce sujet : M. Trari-Tani, *Le nouveau cadre juridique de la prospection, de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures en Algérie : RD aff. int.* 2008, n° 1, 2008, p. 65.

[1835]A. Mokrani, *L'évolution de l'arbitrabilité des litiges pétroliers : Linkedin* 30 mai 2018 ; V. égal. E. Gaillard dans un cours virtuel pour the American University Washington College of Law, *Seven Dirty Tricks in International Arbitration* (www.youtube.com/watch?v=l8RF9Xq_MQY).

[1836]L'ajout, ou non, d'un « e » à « international » n'est pas une question anodine : cet ajout signifierait que le régime international de la convention d'arbitrage est reconnu en tant que tel et répond à des critères spécifiques à la convention (comme le contrat international : V. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 9e éd., 2007, p. 110, spéc. n° 142), tandis que l'adjectif au masculin (sans le « e ») signifierait que la convention arbitrale n'a un caractère international que parce que l'arbitrage auquel elle est relative est lui-même international selon la définition de l'article 1504 du Code de procédure civile. Il semblerait que, en droit français, ce soit cette seconde approche, faisant *in fine* à la fois une créature accessoire (à son objet) et autonome (dans son régime) qui soit retenue.

[1837]Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *Zanzi : Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

autonomie à l'égard du contrat principal dans lequel elle est éventuellement introduite, indépendance que l'on retrouve par rapport à toute loi étatique, le droit français ayant abandonné la méthode conflictuelle au profit de l'application de règles matérielles du droit de l'arbitrage international, dans l'arrêt *Dalico*[1838]. Assez remarquable à la fois dans son principe et dans sa formulation, nouvelle et absolue, l'article 1507 du Code de procédure civile dispose que la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme, ce qui contraste avec la convention d'arbitrage interne. On rappellera d'ailleurs que certains développements détaillés, mais non repris ici, concernant la convention d'arbitrage interne peuvent avoir vocation à s'appliquer en matière d'arbitrage international (on pense par exemple aux vices du consentement), le découpage opéré entre l'arbitrage interne et international ne se voulant ni strict ni absolu. Il reste que le régime ci-dessous décrit, s'il n'est pas fondamentalement différent en nature, est, dans ses proportions libérales, bien plus avancé que le régime interne.

§ 1. – Les principes applicables à la validité de la convention d'arbitrage international

A. – Un principe de validité autonome

458. – Principe de validité établi en droit conventionnel et comparé. Presque par principe, c'est-à-dire de manière présumée, la convention d'arbitrage est valide en droit français de l'arbitrage international. La Convention de New York, dans ses articles 2(1) et 2(3), pose pour les États signataires une obligation simple de reconnaître un accord écrit de soumettre une question à l'arbitrage et de renvoyer les parties à l'arbitrage. Similairement à ladite convention, la loi-type de la CNUDCI, à son article 8(1) établit indirectement le principe de validité des conventions d'arbitrage. Il en est de même pour la Convention de Genève qui, dans son article I, établit que les États contractants reconnaissaient la validité de l'accord entre des parties à un contrat, par lequel ils décident de soumettre à l'arbitrage un différend existant ou futur[1839]. L'article IV prévoit également que lorsqu'un accord soumis à l'article I existe, les tribunaux des États contractants « renvoient les parties, à la demande de l'une d'entre elles, à la décision des arbitres ». En droit comparé, l'*Arbitration Act* anglais consacre indirectement une présomption de validité des conventions d'arbitrage international, sous réserve uniquement de certains motifs de nullité[1840]. Également démontrant une présomption de validité, le *Federal Arbitration Act* des États-Unis indique que sauf pour motifs limités, une convention d'arbitrage est valide, irrévocable et exécutoire[1841].

459. – Principe établi en jurisprudence française. La jurisprudence française a confirmé avec constance et depuis fort longtemps la validité présumée des conventions d'arbitrage international, en faisant émerger puis en construisant un ensemble prétorien de règles de fond, indépendantes de toute loi nationale, fondées essentiellement sur

---

[1838] Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico : JDI* 1994, 432, note Gaillard et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer.

[1839] La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, dite « Convention de Genève du 21 avril 1961 ».

[1840] *Arbitration Act* de 1996, Section 9(4).

[1841] *Federal Arbitration Act*, Section 2, *Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate*.

l'intention commune des parties[1842]. En s'appuyant sur la seule autonomie de la volonté des parties, les tribunaux français ont fréquemment consacré des conventions d'arbitrage international, y compris dans des circonstances où une convention d'arbitrage interne aurait été ou aurait pu être invalidée[1843]. Enfin, l'arrêt *Zanzi*[1844] vise en particulier « le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ». Ce principe de validité a été réaffirmé souvent et de manière constante[1845], même si la jurisprudence *PWC* pose désormais une exception notable pour ce qui est des consommateurs[1846].

B. – Les règles applicables

460. – Quel droit applicable ? Le droit applicable à la convention d'arbitrage régit potentiellement des questions aussi variées que la formation, l'existence, la portée, la validité, l'interprétation, la résiliation, les effets et la force exécutoire de la clause d'arbitrage et le champ des parties à la clause d'arbitrage. La règle d'autonomie, désormais consacrée dans l'article 1447 du Code de procédure civile, implique également une indépendance à l'égard de systèmes juridiques nationaux. En effet, le droit applicable à la convention d'arbitrage n'est pas nécessairement – rarement en vérité – le droit applicable au contrat, lequel peut d'ailleurs ne pas être un droit « national », comme le permet d'ailleurs l'article 1474 du Code de procédure civile.

461. – Les règles applicables en droit français. L'arrêt *Hecht* en 1972[1847] et surtout *Dalico* en 1993[1848] qui a consacré clairement l'abandon de la méthode conflictualiste, a fait corrélativement émerger la méthode dite « des règles matérielles ». Dans cet arrêt, la cour fait pour la première fois référence à une « règle matérielle internationale » pour fonder le principe d'autonomie de la clause compromissoire, qui s'apprécie sans référence à une loi étatique[1849]. En conséquence, le juge français n'a pas à se référer aux règles françaises de conflit de lois pour déterminer si la loi qui serait désignée pour régir la clause admet ou non son autonomie ou sa validité[1850]. C'est l'autonomie elle-même de la clause compromissoire qui est

---

[1842]Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, *Dalico*, préc.

[1843]Paris, 7 déc. 1994, *V 2000* v. *Project XJ 220 ITD : Rev. arb.* 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson.

[1844]Cass. 1re civ., 5 janv. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

[1845]Paris, 24 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 210. – Cass. 1re civ., 25 oct. 2005 : *D.* 2005, p. 3060, obs. Th. Clay. – Cass. 1re civ., 11 juill. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 981. – Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *JDI* 2006, p. 1384, note A. Mourre. – Cass. 1re civ., 21 nov. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 1086. – Paris, 13 nov. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 389, note M. Audit. – Cass. 1re civ., 8 juill. 2009 : *Rev. arb.* 2009, p. 529, note D. Cohen. – Paris, 24 nov. 2011 : *Rev. arb.* 2012, p. 134, note M. Laazouzi. – Cass. 1re civ., 28 janv. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 278.

[1846]V. *supra*, n° 319.

[1847]Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, n° 70-14.163, *Hecht : JDI* 1972, p. 843, note B. Oppetit : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. Level ; *Rev. arb.* 1974, p. 89.

[1848]Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, *Dalico*, préc.

[1849]L'absence de référence à une loi étatique avait déjà été préconisée par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Menicucci* (Paris, 13 déc. 1975 : *JDI* 1977, p. 106 ; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. Fouchard) : « Compte-tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique ».

[1850]H. Gaudemet-Tallon, note ss Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico : Rev. arb.* 1994, p. 118, spéc. p. 118 : « Le mécanisme conflictuel est clairement écarté : le juge français n'a pas à consulter la règle de conflit de lois française pour savoir si la loi qui serait désignée pour régir la clause admet ou non cette autonomie ».

qualifiée de « règle matérielle du droit international de l'arbitrage ». C'est l'approche suivie également en matière de capacité et de pouvoir sociétaire[1851].

462. – Droit comparé conflictualiste. Il est intéressant de relever que le droit français semble relativement isolé dans cette approche à la fois libérale et qui ne s'intéresse au régime de la convention d'arbitrage que du point de vue, presque exclusivement factuel et peu juridique, de l'existence d'une volonté commune des parties. Ainsi, d'autres droits continuent de privilégier une approche d'abord fondée sur une recherche du droit applicable à la convention, comme s'il s'agissait d'un conflit de lois en matière contractuelle. Ainsi, en droit singapourien, l'arrêt *BNA* c/ *BNC et BNC*[1852] a établi un test à trois niveaux pour établir la loi applicable à la convention d'arbitrage : il s'agit d'abord de respecter le choix exprès des parties si une loi applicable à la convention d'arbitrage a été opérée ; puis, en l'absence de choix exprès, le choix implicite des parties sera recherché, en partant du droit applicable au contrat et non de celui du siège de l'arbitrage, si le droit du siège est matériellement différent du droit applicable au contrat alors le droit du siège est la loi applicable. À défaut de choix exprès ou implicite, le droit qui a le lien le plus proche est le droit applicable au contrat. Toujours en Asie, on relèvera que les clauses types du HKIAC sont parmi les premières à s'être saisies de cette question, en incitant les parties à désigner, en amont, la loi appropriée et applicable à leur convention d'arbitrage dans le texte même de la clause[1853]. De la même manière, le droit anglais n'aborde pas du tout de la même manière que le droit français la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage[1854]. Que la loi soit ou non celle de l'Angleterre et du Pays de Galles ou selon le cas, de l'Irlande du Nord, cela importe peu[1855]. À cette fin, en application de l'*Arbitration Act*, une loi applicable déterminée conformément à l'accord des parties, ou déterminée objectivement en l'absence de tout choix explicite ou implicite, est considérée comme choisie par les parties (V. section 4[5] de l'AA). On peut aussi citer une espèce assez révélatrice de l'approche anglaise qui, dans ce domaine, n'a pas toujours fait preuve de la plus grande cohérence. Dans l'arrêt *Dallah*[1856], la Cour suprême anglaise avait été saisie d'une demande d'*exequatur* et d'exécution d'une sentence arbitrale, dont le siège arbitral était situé à Paris, et où le tribunal avait étendu la convention d'arbitrage au gouvernement du Pakistan, non signataire. Il s'agissait donc de savoir si la clause compromissoire devait être considérée comme relevant de la loi du contrat, auquel le gouvernement pakistanais n'était pas partie, ou si celle-ci, autonome, pouvait être saisie par la loi devant lui être applicable, à savoir, sauf hypothèse de loi applicable choisie pour cette dernière, la loi française. Selon la *Supreme Court*, le droit applicable à la question de la portée de la convention d'arbitrage est le droit du pays où la sentence a été rendue (le siège de l'arbitrage) et en l'occurrence, le droit français. Selon son interprétation propre de ce droit, la *Supreme Court*, tout en reconnaissant la possibilité de l'extension de la clause compromissoire selon le droit français, a considéré que l'État pakistanais n'était en fait pas partie à la

---

[1851] V. *infra*, n° 467.

[1852] *BNA* v. *BNB and another* [2019] SGCA 84 Civil Appeal n° 159 of 2018 (www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/bna-v-bnb-and-another-2019-sgca-84).

[1853] Consultable sur https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses.

[1854] L. Bravo Abolafia, *Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement : The Effect on Non-Signatories in International Arbitration : Bull. ASA* 2019, n° 37, p. 64 et s.

[1855] V. *Arbitration Act* de 1996, Section 4(4).

[1856] Cour suprême du Royaume-Uni (UKSC), 3 nov. 2010 (UKSC 46), *Dallah* v. *Ministry of religious affairs : JDI* 2011, p. 395, note I. Michou.

convention d'arbitrage, n'ayant pas identifié d'intention commune des parties en ce sens, et ce, bien que la cour d'appel de Paris avait, presque concomitamment, confirmé la validité de la sentence et le fait que l'État était bien englobé dans le champ de la clause arbitrale[1857]. C'est donc une approche très autonome adoptée par le droit anglais, fondée sur une interprétation propre de la loi applicable à la convention d'arbitrage. Dans un arrêt plus récent, dit *Kabab-Ji*[1858], la cour d'appel anglaise a, tirant les conséquences des techniques anglaises de détermination de la loi applicable à la clause compromissoire[1859], et dans le sens de la jurisprudence *Dallah*, décidé que le choix exprès du droit anglais comme droit applicable au contrat entraînait, en raison d'une interprétation propre de la clause de loi applicable, son application à la convention d'arbitrage, peu importe le siège de l'arbitrage, alors même que la cour d'appel de Paris, dans le même temps, validait la sentence qui avait retenu l'application du droit français, siège de l'arbitrage, pour l'étendre à un tiers[1860]. Dans un arrêt encore plus récent, la cour d'appel a cependant établi qu'un choix explicite de l'Angleterre comme siège de l'arbitrage signifiait que le droit anglais régissait la convention d'arbitrage international[1861].

§ 2. – Le consentement

463. – Nécessité et intégrité du consentement. Le consentement joue un rôle important en raison du caractère contractuel de l'arbitrage. Le consentement des parties à la convention d'arbitrage, renonciation des parties à la compétence des tribunaux étatiques pour trancher le litige, fonde la compétence du tribunal arbitral. En effet, « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »[1862].

[1857]Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533, *Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses* c/ *Dallah : CAPJIA* 2011, n° 2, p. 443 ; *JDI* 2011, p. 395, note I. Michou ; *JCP* G 2012, 1140, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2011, p. 3023, obs. Th. Clay.

[1858]English and Wales Court of Appeal (Civ. 6), 20 janv. 2020, n° A4/2019/0944, *Kabab-Ji SAL* v. *Kout Food Group : Rev. arb.* 2020, p. 862.

[1859]English and Wales Court of Appeal (Civ. 638), n° A3/2012/0249, *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA and a.* v. *Enesa Engenharia SA and a.* : les règles anglaises de conflit de lois impliquent de considérer : 1) si les parties ont expressément choisi la loi applicable à la convention d'arbitrage ; 2) à défaut, si les parties ont formulé un choix implicite et enfin 3) sinon déterminer quel système juridique est le plus proche et offre les plus réalistes liens avec la convention d'arbitrage, étant entendu que lorsque la convention d'arbitrage est une partie du contrat, le fait que les parties aient choisi un droit applicable au contrat is « an important factor to be taken into account ».

[1860]Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Sté Kout Food Group : JDI* janv. 2021, comm. 4, obs. J.-B. Racine ; V. aussi : D. Mainguy, *Extension, loi applicable et autonomie de la clause compromissoire, oppositions française et anglaise : Mirage* 2020/5 (https://droit-contentieux-guerre-eco.fr). – S. Nataf, *Jurisdiction over Non-signatories, the irreconcilable Approaches of French and English Courts – Case Note on : (i) English Court of Appeal Decision of 20 January 2020 and (ii) Paris Court of Appeal Decision of 23 June 2020 : Bull. ASA* 2020, 38, p. 894-911.

[1861]*Enka Insaat Ve Sanayi AS* v. *OOO « Insurance Company Chubb » & Ors* [2020] EWCA Civ 574.

[1862]Cass. 1re civ., 19 mars 2002 : *JDI* 2003, p. 139, note E. Loquin ; concernant l'échange de consentements de deux parties dans un arbitrage d'investissement, V. *Atlantic Ventures* v. *Angola*, 10 juill. 2020, arbitrage *ad hoc* NN 511/JPA (https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/pt-atlantic-ventures-sociedade-de-desenvolvimento-e-gestao-portuaria-s-a-v-republica-de-angola-presidente-da-republica-de-angola-ministerio-dos-transportes-porto-de-luanda-e-p-ministerio-de-construcoes-e-obras-publicas-sentenca-interlocutoria-e-final-friday-10th-july-2020).

464. – En raison du principe de validité de la convention d'arbitrage international, seul l'ordre public international permet d'apprécier l'intégrité du consentement à la convention d'arbitrage international. Pour pouvoir remettre en question le consentement, le vice doit donc être d'une plus grande importance équivalente à une violation de l'ordre public.

§ 3. – La capacité et le pouvoir de compromettre

A. – La capacité de compromettre

465. – Loi applicable à la capacité de conclure une convention d'arbitrage international. La convention d'arbitrage est un acte juridique, qui exige donc naturellement une capacité de compromettre. À ce titre, ni le droit français de l'arbitrage international, ni le droit international privé français, ne prévoient de règle spécifique. La question de la loi applicable à la capacité de conclure n'est pas tranchée. D'un côté, l'application de la méthode conflictuelle retient la compétence de la loi personnelle de la personne physique concernée[1863], laquelle varie en fonction des États. D'un autre côté, on considère que la convention d'arbitrage international ne peut être nulle pour une raison liée à la capacité que si cette raison heurte l'ordre public en vertu de la règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage international[1864].

B. – Le pouvoir de compromettre pour autrui

466. – Pouvoir de conclure au nom d'une personne morale. En droit français, la loi nationale détermine le pouvoir d'une personne morale de conclure une convention d'arbitrage, la loi applicable à la capacité d'une personne morale étant, elle, celle du siège social réel, alors que, dans les pays de *common law*, on applique en revanche la loi du domicile ou de la résidence habituelle pour déterminer le pouvoir d'une personne morale de conclure une convention d'arbitrage. Pour ce qui est de la loi applicable au pouvoir d'une personne morale, on appliquera la loi de l'État où la personne morale a été constituée, sans que, au final, toutes ces règles conflictualistes n'aient trouvé application dans le domaine arbitral.

467. – La loi applicable à la question du pouvoir de représentation de la société. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Soerni*[1865], fait en effet référence à la complète autonomie et au principe de validité de la clause d'arbitrage international et souligne 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 volonté commune 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 ». En énonçant un principe d'engagement général à l'arbitrage d'une société par le biais de son représentant, abstraction faite de toute limitation statutaire ou interne, la Haute juridiction entend s'échapper de tout recours à l'application de la

---

[1863] C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 602.

[1864] J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 160.

[1865] Cass. 1re civ., 8 juill. 2009, *Sté d'études et représentations navales et industrielles (Soerni) et a.* c/ *Sté Air Sea Broker Ltd. (ASB)* : *Rev. arb.* 2009, p. 529, note D. Cohen.

méthode conflictualiste[1866]. Ce principe a également été confirmé dans l'arrêt *Bin Kamil*, qui concernait un contrat contenant une clause compromissoire ayant été signée par le conseil émirati des parties émiraties en leur nom, mais selon des circonstances considérées comme excédant le pouvoir qui lui était accordé en vertu du droit émirati (un mandat général n'englobant pas le pouvoir spécial de consentir à l'arbitrage). La Cour de cassation a rejeté l'argument selon lequel le conseil ne pouvait pas lier la société et soutenait qu'« en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, l'existence et la validité d'une clause compromissoire sont appréciées, sans référence à une loi nationale, mais uniquement au regard de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, appréciée en fonction des circonstances de la cause ». La Cour s'est appuyée sur la volonté des parties, la bonne foi, le mandat apparent et la croyance légitime pour juger le conseil compétent et la clause compromissoire valable[1867]. C'est cette même logique que l'on retrouve au sujet d'un dirigeant social pour lequel il était prétendu qu'il ne disposait pas du pouvoir pour lier à l'arbitrage la société qu'il représente. La Cour de cassation continue d'affirmer, du moins sur le plan international, que l'engagement à l'arbitrage peut être simplement fondé sur un mandat apparent et la croyance légitime dans les pouvoirs de celui qui engage l'une des parties à l'arbitrage[1868], ou encore sur le bénéfice qu'en tire la société, « sans avoir à justifier d'un mandat spécial »[1869].

[1866]D. Cohen, note ss Cass. 1re civ., 8 juill. 2009, préc. : *Rev. arb.* 2009, spéc. p. 333, « Énonçant l'engagement par son représentant d'une société à l'arbitrage de manière générale, la Haute juridiction entend s'évader de tout recours à l'application de la méthode conflictualiste, ce qui en soi n'est pas nouveau, mais prend le soin cette fois d'indiquer précisément que la solution "ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale" et qu'il s'agit bien là d'une "règle matérielle". Cette démarche, quasi didactique, doit donc se comprendre en deux temps : rejet d'une "quelconque loi nationale" et édiction d'une "règle matérielle" ».

[1867]L. d'Avout, note ss Cass. 1re civ., 16 mars 2016 : *Rev. arb.* 2016, p. 818, spéc. p. 819 et 822.

[1868]Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-16.853, *Brisard Dampierre* c/ *Sté Demathieu Bard Construction : Rev. arb.* 2018, 765, note D. Cohen ; *RTD com.* 2020, p. 300, obs. E. Loquin.

[1869]Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, *Leather Industry*, n° 13-24.626, inédit.

Chapitre 3

Les conditions de forme de la convention d'arbitrage

Section 1

Les conditions de forme de la convention d'arbitrage interne

468. – L'arbitrage, comme institution et forme de justice, renvoie à une certaine solennité, et donc au respect de certaines règles de forme, ce qui ne peut que se refléter sur la convention qui lui sert de fondement. Au-delà du principe du consensualisme, il est assez fréquent qu'un contrat soit soumis à des conditions de forme, soit substantielles, soit probatoires. En matière d'arbitrage interne, la validité de la convention d'arbitrage reste également soumise à ce type de conditions. Toutefois, le décret du 13 janvier 2011 a simplifié et unifié les régimes juridiques attachés à la clause compromissoire et au compromis, épurant ainsi cette problématique. L'exigence de forme en matière de convention d'arbitrage se traduit par la nécessité d'un écrit (§ 1) qui doit comporter un certain nombre de mentions (§ 2).

§ 1. – L'exigence d'un écrit en matière d'arbitrage interne

469. – Un écrit, signé, séparé, par référence ou électronique. L'article 1443 du Code de procédure civile dispose de façon générale que la convention d'arbitrage, clause compromissoire ou compromis, doit être écrite. Elle peut aussi « résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »[1870], le texte prenant ainsi en compte les nécessités de la pratique[1871]. Cette obligation s'explique traditionnellement par les conséquences, encore réputées graves, qu'entraîne la conclusion *a priori* de la convention d'arbitrage : une renonciation anticipée aux tribunaux judiciaires et une compétence accordée à une autre forme de justice[1872]. Avant le décret du 13 janvier 2011, cette condition ne concernait que la

[1870] CPC, art. 1443, al. 1 : « À peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

[1871] Ch. Bouckaert, *Le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance : RGDA* 2011, spéc. p. 363.

[1872] V. *supra*, n° 233.

clause compromissoire[1873] de sorte qu'« il en résulte paradoxalement un durcissement des conditions formelles »[1874]. Ainsi, l'exigence d'un écrit reste nécessaire et les clauses verbales ou tacites restent prohibées[1875]. La forme de la référence semble libre et pourra être prouvée par tout moyen[1876]. En effet, le silence gardé à réception du document contenant la clause fait présumer l'existence d'un accord verbal antérieur[1877]. Il est donc nécessaire de s'assurer du consentement des parties, dont l'existence serait garantie *a minima* par la présence d'un écrit, mais qui peut se manifester par tous moyens, même par le biais d'un silence circonstancié[1878]. La signature est classiquement la forme la plus répandue d'expression du consentement exprès à un écrit[1879], avec une fonction d'adhésion au contenu de l'acte[1880]. La Cour de cassation a pu, sur le fondement de l'ancien article 1449 (désormais CPC, art. 1443), sanctionner des juges du fond pour avoir retenu à tort que les parties avaient conclu « un accord valant compromis », alors que le procès-verbal sous-jacent n'avait pas été signé par les parties et ne l'avait été que par l'un des arbitres[1881]. En revanche, les juges doivent s'appuyer sur des preuves complémentaires à la simple signature scannée aux fins d'identifier avec certitude le signataire et sa qualité[1882]. Cette conception de l'écrit ne signifie pas pour autant que des non-signataires ne puissent pas avoir consenti à une clause d'arbitrage écrite[1883].

La question se pose en outre de savoir si la condition formelle de l'écrit est satisfaite dans l'hypothèse de documents contractuels multiples où seul l'un contient la clause arbitrale. Avant le décret du 13 janvier 2011, la clause compromissoire devait nécessairement être stipulée dans « la convention principale » ou dans « un document auquel celle-ci se réfère ». L'article 1443, alinéa 1 du Code de procédure civile prévoit désormais que la clause compromissoire peut être stipulée dans « un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »[1884]. Quant à la question spécifique de savoir si la forme électronique répond à l'exigence d'un écrit, la Cour de cassation[1885] a pu considérer, mais dans le domaine du droit général des contrats, qu'un courrier électronique ne peut représenter qu'un commencement de preuve par écrit en l'absence du procédé fiable imposé par le législateur, c'est-à-dire établi et conservé dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 du Code civil[1886]. Il n'est toutefois pas certain que, dans le cas spécifique de l'arbitrage, un

---

[1873]L'ancien article 1443, alinéa 1 du Code de procédure civile disposait que : « [l]a clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère » ; V. à ce sujet : J. Robert, *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, Dalloz, 6e éd., 1993, n° 83.

[1874]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 246.

[1875]En ce sens : Cass. com., 17 juin 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 539.

[1876]Cass. 2e civ., 21 janv. 1999 : *Bull. civ.* 1999, II, n° 16 ; *RGDP* 1999, p. 411, obs. Rivier ; *Rev. arb.* 2003, p. 1341, obs. C. Legros.

[1877]Cass. 1re civ., 20 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 976.

[1878]Sur ce sujet, V. *supra*, n° 428 et *infra*, nos 619 et 644.

[1879]Sur ce sujet, V. *supra*, n° 427.

[1880]L. Siguoirt, *Preuve par écrit : JCl. Civil Code*, 1er mars 2020, n° 20.

[1881]Cass. 2e civ., 17 nov. 1993 : *Bull. civ.* 1993, II, n° 324 ; *Gaz. Pal.* 1994, pan. 51 ; *Rev. arb.* 1995, p. 78, note Ph. Fouchard.

[1882]E. A. Caprioli, *Signature électronique* v. *Signature informatisée : Comm. com. électr.* nov. 2020, comm. 85, p. 1 ; V. Cass. 2e civ., 28 mai 2020, n° 19-11.744.

[1883]Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, obs. A. Chapelle ; V. aussi : CA Pau, 2e ch., 26 nov. 1986 : *Rev. arb.* 1988, p. 153, note A. Chappelle ; sur ce sujet, V. *infra*, n° 638 et s.

[1884]V. *infra*, n° 477 et s.

[1885]Cass. 1re civ., 26 sept. 2019, n° 18-16.523, F-D, *X* c/ *Y : Comm. com. électr.* 2019, comm. 195, obs. L. Leveneur.

[1886]L'article 1367, alinéa 2 du Code civil précise notamment que la signature électronique « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

« échange d'écrits », visé à l'article 1443, alinéa 1 du Code de procédure civile, ne permette pas de couvrir valablement un simple échange d'e-mails avec, en pièce jointe, un document contenant une clause arbitrale.

470. – La sanction à défaut d'écrit. La sanction de la nullité s'attache aux exigences figurant à l'article 1443 du Code de procédure civile qui précise que la convention d'arbitrage doit être écrite à peine de nullité. Cette nullité est d'ordre public et, par conséquent, il ne sera pas possible d'y renoncer par avance[1887]. En revanche, et depuis le décret du 13 janvier 2011[1888], le législateur français semble opposer, sur ce plan, le régime interne au régime international, qui, à l'article 1507 du Code de procédure civile, prévoit que la convention « n'est soumise à aucune condition de forme ».

§ 2. – Les mentions de la convention d'arbitrage

A. – La mention de l'objet du litige dans la convention d'arbitrage

1° L'objet du litige dans la clause compromissoire

471. – Il n'est pas fait obligation aux parties de mentionner l'objet du litige dans la clause compromissoire puisque le litige n'est pas encore et par hypothèse né tandis que son objet ne saurait être anticipé, avec précision ou même dans son principe. Ce qui ne signifie pas que l'objet de la clause compromissoire ne puisse être déterminé à l'avance[1889] puisqu'il comprend, par principe, les litiges relatifs au contrat qui la contient, incluant également les actions délictuelles en relation avec celui-ci[1890]. Si les parties peuvent déterminer avec précision le champ d'application de la clause d'arbitrage, en spécifiant expressément les litiges qu'elles souhaitent inclure et/ou exclure du champ de la convention arbitrale, ces spécifications ne sont pas toujours les plus opportunes[1891]. Souvent en effet, les parties favoriseront une rédaction large qui englobe tous les différends découlant du contrat, afin d'éviter des contestations – parfois abusives – sur l'étendue de la clause, notamment en insérant une clause-type, issue par exemple d'un règlement d'arbitrage. Cependant, même si la compétence arbitrale issue d'une clause compromissoire est conçue libéralement, elle n'est pas pour autant extensible à l'infini[1892]. Ainsi, lorsque les parties prévoient dans

---

[1887] J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage – droit interne – droit international privé*, *op. cit.*, n° 85.

[1888] V. aussi la jurisprudence antérieure : CA Paris, 24 févr. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 210 ; *JCP* G 2005, I, 179, n° 1, obs. Ch. Seraglini, qui avait déjà décidé que « la convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties » (V., au sujet des conditions de forme de la convention d'arbitrage international, *infra*, n[os] 474 et 475.

[1889] J.-B. Racine, *Convention d'arbitrage. – Formation : JCl. Contrats-Distribution*, 2012, n° 32 : « Il convient néanmoins d'introduire une nuance importante à travers la distinction entre l'objet du litige et l'objet de la clause compromissoire. Si l'objet du litige ne peut être déterminé à l'avance, l'objet de la clause compromissoire, lui, peut l'être. L'article 1442 du Code de procédure civile en fait même l'un des éléments de définition de la clause compromissoire ».

[1890] Paris, 11 déc. 1981 : *D.* 1982, jurispr. p. 387, concl. J.-C. Lecante. – CA Versailles, 17 oct. 2002 : *Cah. arb.* 2003, vol. 2, p. 312. – CA Paris, 2 juin 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 680, note J.-B. Racine ; V. *infra*, n° 602.

[1891] V. *infra*, n° 495 et s.

[1892] J.-C. Dubarry et E. Loquin, obs. ss Paris, 10 mars 1995, *Épx Tardivel* c/ *SA Cejibe : Rev. arb.* 1996, 143, obs. Y. Derains. – Cass. 2[e] civ., 3 juill. 1996, *Sté Castel* c/ *Roger*, inédit. – Versailles, 14 déc. 1995, *SARL Entr. Maxime*

la clause que seront soumises à l'arbitrage « les contestations relatives à l'interprétation et à l'exécution du contrat », la clause compromissoire ne s'étend pas nécessairement aux contestations relatives à la formation du contrat[1893]. De la même façon, les parties devront s'assurer de respecter le domaine d'arbitrabilité, afin que la clause compromissoire soit valable.

2° L'objet du litige dans le compromis

472. – Seul le compromis en matière d'arbitrage interne doit mentionner précisément l'objet du litige[1894]. Il est conclu après la survenance du litige, ce qui implique que les parties soient en mesure d'en déterminer la nature et l'étendue avec précision[1895]. Ainsi, un compromis donnant pour mission aux arbitres de trancher « tous les problèmes en suspens » doit être tenu pour nul, la détermination du litige étant imprécise[1896]. La sanction est donc ferme : lorsque le compromis ne détermine pas le litige, les arbitres sont considérés avoir statué sans convention d'arbitrage[1897].

B. – La mention de la désignation des arbitres

473. – Avant la réforme opérée par le décret du 13 janvier 2011, les textes imposaient en matière interne que la convention d'arbitrage désigne le ou les arbitres ou prévoie les modalités de leur désignation (CPC, anciens art. 1443 et 1448). Aujourd'hui, le droit français n'exige plus qu'une simple imparité des arbitres désignés[1898]. Les parties ne peuvent donc pas prévoir dans la clause compromissoire que leur litige sera réglé par un tribunal constitué de deux membres. De même, le décret de 2011 a libéralisé les règles en validant les clauses dites « blanches » et ces clauses qui ne prévoient rien quant à la désignation des arbitres sont désormais valables. Encore, dans l'hypothèse où une clause compromissoire pathologique prévoit deux arbitres, ces derniers pourraient considérer qu'il s'agit, en réalité, d'en désigner un troisième, sans trahir leur mission.

Section 2

L'atténuation des conditions formelles

---

c/ *SA Perma*, inédit : *RTD com.* 1996, p. 659.

[1893]Cass. 1re civ., 28 nov. 1958 : *Rev. arb.* 1958, p. 17, note J. Robert. – CA Paris, 10 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 143, obs. Y. Derains ; *RTD com.* 1996, p. 659, obs. E. Loquin.

[1894]C. civ., art. 1445 : « À peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige » ; cette règle était déjà contenue dans les anciens textes, créés par le décret du 14 mai 1980, l'ancien article 1448, alinéa 1 du Code de procédure civile disposant que : « Le compromis doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige ».

[1895]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 263.

[1896]Cass. 2e civ., 2 juill. 1970 : *Rev. arb.* 1970, p. 78, note J.R.

[1897]Paris, 29 mars 2010, *République de Guinée équatoriale* c/ *Sté Fitzpatrick Equatorial Guinea Ltd et a. : Cah. arb.* 2010, p. 853, note L. Degos.

[1898]CPC, art. 1451 : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ».

de validité pour la convention d'arbitrage interne et international

§ 1. – L'absence de conditions de forme de la convention d'arbitrage international

474. – Libéralité remarquable. Le principe, désormais consacré à l'article 1507 du Code de procédure civile, est l'absence de conditions de forme : « [la] convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ». Ce texte, mesuré à l'aune d'autres points saillants du droit français de l'arbitrage et notamment de la réforme de 2011, est sans doute passé un peu inaperçu. Pourtant, sa formulation et son principe restent assez remarquables si l'on doit le comparer à d'autres textes et à d'autres systèmes étrangers. Il n'est en réalité que la transposition légale d'une jurisprudence où la cour d'appel de Paris avait alors profité de l'occasion pour préciser ce principe[1899]. Selon la cour, « la convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties (…) ». La Cour de cassation allait, quelques années plus tard, abonder dans le même sens en affirmant que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel »[1900]. La volonté commune des parties est donc en principe suffisante, sans qu'un écrit ou une forme particulière ne soit nécessaire.

Il ressort donc que sur le plan international le consensualisme est la seule condition nécessaire, peu importe son mode d'expression. Il pourrait donc être envisageable de matérialiser la convention dans un document sans en indiquer la forme/nature originale, sous réserve toutefois de l'accord des parties. Au regard des règles françaises, une convention d'arbitrage international verbale serait admissible[1901]. Malgré cette absence de formalisme obligatoire, l'intérêt pratique de l'article 1507 n'est toutefois pas d'autoriser les conventions d'arbitrage verbales, mais d'éviter qu'une clause écrite fasse l'objet de contestations pour des raisons formelles[1902].

475. – Droit conventionnel et Code de procédure civile. Pour autant, il faut rappeler que la Convention de New York de 1958 prévoit à son article II. 1 et 2 la nécessité d'un écrit. Certes, la jurisprudence française estime toutefois que l'article VII de la Convention de New York qui autorise un État à se montrer plus libéral en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences est applicable à la forme de la clause d'arbitrage. Mais l'article 1487, alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit aussi que, pour obtenir l'*exequatur* d'une sentence, la requête doit être déposée accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage. De même, l'article 1515, alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que l'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions

---

[1899] Paris, 24 févr. 2005, *Sidermétal : JCP* G 2005, I, 179, n° 1, obs. Ch. Seraglini.
[1900] Cass. 1re civ., 19 mars 2002 : *JDI* 2003, p. 139, note E. Loquin.
[1901] J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 253.
[1902] Ch. Jarrosson et J. Pellerin, *Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 : Rev. arb.* 2011, p. 5, spéc. p. 64.

requises pour leur authenticité. Il est donc nécessaire de pouvoir fournir l'original ou la copie de la convention d'arbitrage, ce qui laisserait perdurer l'exigence d'un écrit.

§ 2. – La libéralisation du droit de l'arbitrage interne relatif aux conditions de validité de la convention d'arbitrage

476. – Admission des clauses compromissoires par référence, des clauses blanches, et mécanisme supplétif de la volonté des parties. Si la validité des clauses par référence (A) et des clauses blanches a été reconnue (B), des dispositions supplétives ont été insérées par le législateur afin de suppléer la carence des parties (C).

A. – La validité de la clause d'arbitrage par référence

477. – Définition. Alors que l'édifice gouvernant et sécurisant l'efficacité de la clause compromissoire s'est construit à partir des années 1980, la question de la validité de sa référence dans un document externe émergeait : « À peine l'épineux débat sur l'autonomie de la clause compromissoire avait-il été maîtrisé qu'il était relayé par l'inépuisable querelle de l'arbitrage multipartite et que lui succède aujourd'hui une âpre contestation sur la portée de la clause arbitrale par référence »[1903]. À ce débat, a succédé une affirmation puis une consolidation, aujourd'hui acquise, du mécanisme du renvoi arbitral.

La clause arbitrale par référence est une clause arbitrale qui n'est pas contenue dans son milieu naturel, c'est-à-dire dans le contrat principal où sont stipulés les termes-clés, mais qui entre dans le champ contractuel par le détour d'un document externe, dit « de référence », simplement parce que le contrat principal y fait référence. Ces documents externes sont souvent constitués de conditions générales, de contrats types, de contrats d'exécution, d'une convention-cadre, d'un document contractuel quelconque, *etc.* Il est fréquent dans des relations contractuelles, dont la conclusion se réalise par transmission rapide, que des stipulations non formellement contenues dans cet accord principal soit visées par renvoi à des documents annexes[1904]. En pratique, ces clauses se retrouvent le plus souvent dans des domaines tels que le droit de la construction, le droit maritime ou encore celui de la consommation (qui pose plus de problèmes en raison notamment des restrictions faites aux clauses abusives)[1905]. D'ailleurs, au-delà de l'arbitrage, on retrouve ces clauses de référence dans la théorie générale du droit des obligations et, dans de nombreux secteurs, l'insertion de telles clauses peut aller de soi tant l'usage veut qu'on fasse référence à des normes extérieures et particulières. Pour ce faire, elles peuvent vouloir y faire référence expressément tout simplement pour les rendre applicables[1906].

[1903] B. Oppetit, *La clause compromissoire par référence : Rev. arb.* 1990, p. 551.

[1904] F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, p. 212 ; V. aussi P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des Chambres syndicales*, LGDJ, 1978.

[1905] V. *supra*, n° 315.

[1906] Par ex. les normes AFNOR, V. Cass. 3e civ., 11 mai 2006 : *Bull. civ.* 2006, III, n° 118. – Cass. 3e civ., 25 mai 2011 : *Bull. civ.* 2011, III, n° 83. – Cass. 3e civ., 22 mai 2012 : *Bull. civ.* 2012, III, n° 81 : ces normes ne sont applicables que parce qu'une clause de référence à ces normes les avait valablement intégrées dans le contrat.

478. – Difficultés liées à une clause par référence. Face à un formalisme contractuel limité à l'exigence d'un écrit pour valider une clause compromissoire en droit interne[1907], la question se pose d'une possible externalisation de la clause arbitrale par rapport au contrat qui est censé la contenir et de l'admission de la clause par référence[1908]. Mais la question de la validité d'une telle clause se pose, tant s'agissant du respect des conditions de forme que de fond. En effet, du fait de l'influence de la pratique contractuelle, notamment maritime et commerciale, qui cherche à rendre le processus documentaire toujours plus souple et efficace, le principe d'une telle clause par référence, et les conditions de sa validité, se sont vite imposées. Accepter le mécanisme de la clause compromissoire par référence conduit à admettre un nouveau vecteur de l'extension du champ de la clause compromissoire. Le mécanisme suppose une clause de renvoi, global ou spécifique, dans le contrat principal vers un autre document, tout aussi contractuel, et contenant la clause compromissoire référencée[1909] : la logique voudrait que l'acceptation du contrat, contenant la clause de renvoi, vaille acceptation du document externe, donc de la clause compromissoire référencée. La question se pose donc de la portée du consentement de celui à qui l'on oppose la clause arbitrale référencée et du danger qui pourrait exister pour certains types de contrats, notamment ceux impliquant un consommateur. Il s'agit, là encore, d'un délicat équilibre entre efficacité de la clause et protection de celui qui l'accepte.

1° Admission de la clause par référence en droit interne et international

479. – Validité interne. La clause par référence est validée par l'article 1143 du Code de procédure civile. Or ce texte a subi des assouplissements au cours des années. Avant la réforme de 2011, la clause compromissoire devait nécessairement être stipulée dans « la convention principale » ou dans « un document auquel celle-ci se réfère ». Depuis le décret du 13 janvier 2011, l'article 1443, alinéa 1 prévoit que la clause compromissoire puisse résulter d'« un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ». Ainsi, l'exigence d'un écrit reste nécessaire et les clauses verbales ou tacites restent prohibées[1910].

L'admission d'une clause compromissoire par référence ne doit pas surprendre outre mesure, puisqu'il existe dans les contrats internes ou internationaux des clauses par référence relatives aux obligations substantielles et qui sont sensiblement plus « dangereuses » qu'une clause de compétence ou d'arbitrage, pourtant acceptées dans des documents séparés ou alors « souvent libellées en caractères microscopiques ou stipulées dans des conditions générales »[1911]. Un auteur avait d'ailleurs fort justement rappelé que certaines clauses, de bien plus grande portée, comme celles qui touchent à la responsabilité ou la garantie, sont parfois incorporées par référence, sans pour autant que leur sort ne soit remis en question[1912].

[1907] V. *supra*, n° 469 et s.

[1908] X. Boucobza, *La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international : Rev. arb.* 1998, p. 495.

[1909] V. F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préc., p. 214.

[1910] En ce sens : Cass. com., 17 juin 1997 : *Rev. arb.* 1998, p. 539 ; V. aussi : CA Versailles, 1re ch., 14 janv. 2016, n° 14/06802.

[1911] Ph. Delebecque, *Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat*, in *Le contrat : questions d'actualité : LPA* 5 mai 2000, n° 90, p. 22, spéc. p. 23.

[1912] B. Oppetit, *La clause compromissoire par référence*, art. cit., spéc. p. 558.

480. – Validité internationale : de l'admission restrictive vers une présomption d'acceptation. La jurisprudence a, dans l'arrêt *Bomar Oil* en 1993, énoncé qu'« en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat »[1913].

Cette approche libérale est aujourd'hui renforcée au regard de l'absence de toute exigence de forme en ce qui concerne la convention d'arbitrage en matière internationale, comme prescrit par l'article 1507 du Code de procédure civile[1914] ; indépendamment des textes, l'évolution de la jurisprudence témoigne d'une politique d'interprétation large et favorable de la volonté à l'arbitrage, notamment en matière internationale[1915]. D'ailleurs, les tribunaux ont supprimé la nécessité de toute « référence écrite » énonçant qu'« en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence »[1916].

Pourtant, la jurisprudence n'a pas toujours fait preuve de la même faveur dans ce domaine. L'évolution est notable entre le premier arrêt de principe et celui rendu sous le régime désormais plus libéral des textes en vigueur. Dans le premier, l'affaire concernait un contrat international de vente de pétrole conclu par échange de télex, ce contrat se référant lui-même à un contrat standard contenant une clause d'arbitrage. La Cour de cassation avait motivé sa décision en invoquant deux critères alternatifs de validité d'une clause d'arbitrage : soit celle-ci devait être contenue dans le contrat principal, soit les parties devaient entretenir des relations habituelles d'affaires[1917]. Cet arrêt fut vivement critiqué[1918]. Peu après, la Haute Cour décida d'assouplir sa jurisprudence en admettant la validité de principe de ce mécanisme par la formule précitée[1919]. Depuis, la clause d'arbitrage par référence est présumée avoir été acceptée par la partie à laquelle elle est opposée lorsque cette partie a eu connaissance de la clause au moment de la conclusion du contrat et n'a pas protesté contre son incorporation au contrat. C'est sur ce point que la Cour de cassation s'est plus récemment prononcée. Dans cette affaire, un premier contrat avait été conclu contenant une clause compromissoire. Deux ans plus tard, un contrat identique fut conclu (avec un contractant différent) et renvoyait pour une large partie au premier. Allant dans le même sens que le tribunal arbitral dans sa sentence et la cour d'appel qui confirma celle-ci[1920], la cour estima que « le contrat de 2013 étant dépourvu de substance sans sa référence à l'ensemble des stipulations du contrat de 2011, Priosma avait

---

[1913]Cass. 1re civ., 9 nov. 1993, n° 91-15.194 : *Rev. arb.* 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; *JDI* 1994, p. 690, note E. Loquin ; V. aussi Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176, *Priosma*.

[1914]V. *supra*, n° 474.

[1915]J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2017, spéc. p. 196 ; J.-B. Racine, *JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 191, *Convention d'arbitrage – Formation*, 15 déc. 2008 (mise à jour janv. 2012), n° 26.

[1916]Cass. 1re civ., 3 juin 1997, *Prodexport : Bull. civ.* 1997, I, n° 177 ; *Rev. arb.* 1998, p. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92, note P. Mayer.

[1917]Cass. 1re civ., 11 oct. 1989 : *Rev. arb.* 1990, p. 134, note Ch. Kessedjian.

[1918]V. C. Kessedjian, note ss Cass. 1re civ., 11 oct. 1989, préc., spéc. p. 138 ; E. Loquin : *JDI* 1990, p. 633.

[1919]Cass. 1re civ., 9 nov. 1993, préc. – Cass. 1re civ., 3 juin 1997, préc.

[1920]Paris, 29 mai 2018, n° 16/12944 : *RDC* 2018, 386, note X. Boucobza et Y.-M. Serinet.

nécessairement eu connaissance de celui-ci, qui fixait seul les droits et obligations des parties » ce qui « fait ressortir l'acceptation par Priosma, lors de la conclusion du contrat, de la clause compromissoire contenue dans celui de 2011 »[1921]. Cet arrêt confirme ainsi une approche que l'on retrouve lorsque la problématique des non-signataires se pose : l'acceptation de la clause est établie car elle découle presque « mécaniquement » de sa connaissance, même implicite, faute d'opposition par la personne à qui on l'oppose[1922].

2° Les conditions de validité d'une clause d'arbitrage par référence en droit interne et international

481. – Conditions : vérifier le consentement des parties à l'arbitrage. Malgré l'admission de la validité d'une clause arbitrale par référence, il est important de toujours s'assurer de l'existence d'un réel consentement à l'arbitrage[1923]. Pour ce faire, la partie doit avoir eu connaissance de la clause et l'avoir acceptée[1924]. L'acceptation de la clause par référence en arbitrage international est gouvernée par le principe du consensualisme (sans aucun formalisme) contrairement à l'arbitrage interne où il est nécessaire d'avoir un écrit. D'ailleurs, dans un arrêt de 1999, la Cour de cassation a confirmé en droit interne qu'une clause compromissoire contenue dans une lettre de confirmation de vente était opposable au destinataire de cette lettre[1925].

482. – La connaissance de l'existence de la clause. La connaissance de l'existence de la clause par référence est appréciée de façon souple par la jurisprudence. À titre d'exemple, la cour d'appel de Paris a validé une clause d'arbitrage par référence imprimée dans le contrat-type d'une organisation professionnelle auquel se référait la convention des parties et contestée par une société. Selon la cour d'appel de Paris « la référence à ce contrat type est générale dans les contrats relatifs au négoce du poivre, dont les deux parties sont des spécialistes, et […] en conséquence, la société a donc eu nécessairement connaissance de l'existence de la clause compromissoire, qui a acquis l'autorité d'un usage dans le type de contrat dont il s'agit »[1926].

483. – L'acceptation présumée de la clause. Outre la connaissance, la seconde condition, relative à l'acceptation, est appréciée de façon encore plus large par la jurisprudence, puisqu'elle semble être présumée à partir de sa connaissance[1927]. On retrouve ici la même logique que lorsqu'est en jeu une partie non signataire. En effet, la doctrine a très tôt reconnu que le silence pouvait avoir une signification objective, c'est-à-dire puisse être une acceptation et ainsi être interprétée comme une façon de communiquer son acceptation[1928]. À titre d'exemple, l'acceptation par le silence est admise même lorsque la clause est fondue dans des conditions générales séparées, rédigées en anglais et en caractères à peine visibles[1929].

[1921]Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176, *Priosma : JCP* E 30 juill. 2020, n° 31-35, note Ph. Casson ; *Rev. arb.* 2020, p. 313 ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372r0, p. 32, note D. Bensaude.

[1922]O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010, p. 85.

[1923]V. *supra*, nos 423) (droit interne) et 463 (droit international).

[1924]V. *infra*, n° 644.

[1925]Cass. 2e civ., 21 janv. 1999 : *RTD com.*1999, p. 847, obs. E. Loquin. – Cass. 2e civ., 21 janv. 1999 : *Rev. arb.* 2003, p. 1341, note C. Lesgros.

[1926]CA Paris, 17 mai 1995 : *JDI* 1996, p. 111, note E. Loquin.

[1927]V. *supra*, n° 428.

[1928]E. Loquin, *Synthèse – Arbitrage en droit interne : notion, conventions d'arbitrage, compétence : JCl. Procédure civile*, juin 2020, n° 26.

[1929]Cass. 1re civ., 11 mai 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 561, note Bernheim-Van de Casteele.

484. – Tentatives de limitation. Il faut ici rendre compte des tentatives, notamment sur le plan communautaire, pour restreindre le principe et la portée d'une acceptation de clause par référence, sans grand succès pour autant. Ce fut notamment le cas en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives où une restriction à ces clauses avait été introduite à l'époque où le droit consumériste émergeait. En effet, l'article 1er du décret du 24 mars 1978 interdisait, en se référant aux documents annexes, les clauses « ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe ». Pourtant, le Conseil d'État, dans un arrêt de 1980, avait annulé l'article 1er de ce décret estimant qu'une telle clause « ne révèle pas dans tous les cas un abus de puissance économique et ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels »[1930]. Les rapports entre clause d'arbitrage, notamment par référence, et consommateur, n'ont depuis cessé d'évoluer vers plus de restrictions, tant sur le plan communautaire[1931] que sur le plan du droit positif français[1932].

De plus, dans d'autres domaines, comme en droit maritime, une tendance plus restrictive s'était mise en place relativement à l'admission de ce type de clause compromissoire. Initialement, en matière maritime, la clause stipulée dans la charte-partie n'était opposable au porteur du connaissement (renvoyant à la charte) que si ce dernier avait pu avoir connaissance de la charte, et ce tout en prenant en compte le contexte (relations d'affaires suivies, communication de la charte…)[1933]. Pour autant, depuis, les arrêts *Pella*[1934] et *Lindos*[1935], la question s'est posée de manière différente : les juges se sont déclarés incompétents pour se prononcer sur l'opposabilité au destinataire (porteur du connaissement) de la clause d'arbitrage contenue dans une charte, en se fondant sur le principe compétence-compétence. Dès lors, c'est aux arbitres de décider de la validité ou non de la clause d'arbitrage par référence et le plus souvent les arbitres retiennent la clause. Parallèlement, on ne trouve *a priori* pas de décisions où les tribunaux étatiques ont écarté par principe la clause par référence en la considérant manifestement inapplicable.

485. – Droit comparé. De très nombreux droits nationaux admettent la validité de ce mécanisme avec souplesse et pragmatisme, y compris dans les textes. Certains droits valident une acceptation tacite d'une telle clause, tandis que d'autres continuent à l'admettre sous réserve d'acceptation expresse/explicite. À titre d'exemple, le droit néerlandais vise bien l'acception « tacite » et énonce en son article 1021 du Code de procédure civile qu'« est suffisant un document écrit prévoyant l'arbitrage ou se référant à des conditions générales prévoyant l'arbitrage s'il a été expressément ou

---

[1930] CE, 13 déc. 1980 : *JCP* G 1981, II, 19502, concl. Hagelsteen.

[1931] Cons. CE, dir. n° 93/13/CE, 5 avr. 1993.

[1932] V. en dernier lieu : Cass. 1re civ., 30 sept. 2020 : *JCP* E 15 oct. 2020, n° 42, act. 697.

[1933] V. not. Cass. com., 4 juin 1985, *Navire Aspilos : DMF* 1985, p. 106. – Cass. com., 7 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 553, note Ph. Delebecque, qui décide que « l'armateur ne pouvait se prévaloir de la clause compromissoire stipulée à cette charte-partie », parce que « le connaissement signé par le capitaine d'un navire se référait, en termes généraux, et sans les reproduire, ni les annexer aux conditions générales de la charte-partie à laquelle l'armateur n'était pas partie » et parce qu'« il n'était pas établi que ces clauses [de renvoi] avaient fait (…) l'objet d'une acceptation certaine de la part des cocontractants liés par la charte-partie » ; sur ces questions d'extension de la clause d'arbitrage à des tiers en matière maritime, V. *infra*, n° 628.

[1934] V. Cass. com., 21 févr. 2006 : *DMF* 2006, p. 383.

[1935] V. Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : *DMF* 2006, p. 16.

tacitement accepté par l'autre partie »[1936]. Le droit italien va sans doute plus loin puisqu'il valide, en son article 833, alinéa 2 du Code de procédure civile, une clause compromissoire contenue dans des conditions générales auxquelles le contrat fait référence lorsque les parties ont eu connaissance de la clause « ou auraient dû la connaître en étant normalement diligentes ». À l'inverse, le droit mexicain[1937] et le droit anglais[1938] requièrent un renvoi explicite à la clause par référence. Pourtant, récemment, la jurisprudence s'est montrée plus clémente et des décisions ont pu admettre qu'en principe, même une référence générale de la clause serait suffisante, du moins dans le contexte de transactions entre des acteurs expérimentés[1939]. Les tribunaux américains entretiennent également une attitude favorable à l'acceptation et à l'efficacité de l'incorporation par référence de clause d'arbitrage[1940]. Cette validité de principe de la clause par référence s'est étendue sans doute à la faveur de la loi-type de la CNUDCI dont l'article 7.2 dispose que « la référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ». La large diffusion mondiale et l'adoption de la loi-type par certains pays, comme l'Égypte[1941], expliquent aussi pourquoi la validité de la clause n'y pose plus de difficulté.

B. – Validité des clauses blanches

486. – « Clauses blanches ». Le nouveau droit issu de la réforme de 2011 consacre la validité des « clauses blanches » qui se présentent de manière simple, sans préciser les conditions de désignation des arbitres, le siège, ni quelque élément de précision de la conduite de l'arbitrage, puisque le texte qui les sanctionnait a été supprimé et remplacé par l'article 1444 du Code de procédure civile qui prévoit désormais que, à défaut de désignation par les parties des arbitres ou des modalités de leur désignation, « il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 ». Le législateur avait deux options : soit conserver le souci de protection des parties[1942], laquelle était assurée par la sanction de nullité, soit faire un pas vers plus de

---

[1936]J.-C. Schultsz, *Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage : Rev. arb.* 1988, p. 202, spéc. p. 218.

[1937]V. l'article 1423 de la loi mexicaine sur l'arbitrage en date du 22 juillet 1993 qui énonce que « la référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ».

[1938]En Angleterre, l'*Arbitration Act* de 1996, Section 6(2), énonce que : « La référence dans une convention à une clause d'arbitrage écrite ou à un document contenant une clause d'arbitrage constitue une convention d'arbitrage si la référence est telle qu'elle fait de cette clause une partie de la convention ».

[1939]V. : *Trade Maritime Corp* v. *Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (the Athena)*, Langley J : [2006] EWHC 2530 (Comm),18 oct. 2006 ; V. égal. *Habas sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS* v. *Sometal SAL*, [2010] EWHC 29 (Comm), 18 janv. 2010.

[1940]V. *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A.* v. *M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995) : en matière maritime, la Cour suprême a confirmé que la clause d'arbitrage insérée dans un connaissement était valable au regard du *Federal Arbitration Act* et que le demandeur, professionnel averti était au fait de l'insertion de telles clauses dans les connaissements maritimes internationaux ; V. égal. *Dakota Foundry, Inc.* v. *Tromley Indus. Holdings, Inc*., 737 F.3d 492, 496 (8th Cir. 2013) où les juges ont énoncé que, pour incorporer un autre document par référence, le contrat doit comporter une référence claire au document et une description de ses termes.

[1941]V. L. 21 avr. 1994, art. 10(3) : « Est considérée comme convention d'arbitrage toute référence incluse dans le contrat à un document comportant une clause d'arbitrage, si la référence indique expressément que cette clause fait partie du contrat ».

[1942]E. Gaillard et P. de Lapasse, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international : D.* 2011, p. 175,

pragmatisme et d'efficacité de la clause compromissoire. Or, on le sait, la réforme de 2011 ayant été innervée par le souci d'efficacité, c'est la seconde option qui a prévalu : le Code de procédure civile se présente ainsi comme un support supplétif de la volonté des parties[1943].

C. – Les règles supplétives

487. – Le Code de procédure civile au secours de la volonté des parties. La validité de principe des clauses blanches est fondée en effet sur un certain nombre de mécanismes légaux qui permettent de compléter les manques laissés, volontairement ou non, par les parties. Lorsque le principe de l'arbitrage est admis sans davantage de détails par les parties, la validité de la clause blanche n'est plus remise en cause, mais des mécanismes sont désormais prévus pour suppléer la volonté des parties dans le processus de constitution du tribunal arbitral[1944], encore faut-il qu'il y ait une volonté indiscutable des parties. Ces dispositions touchent tant à la constitution du tribunal arbitral qu'à la date de constitution de ce dernier.

488. – Règles supplétives en matière de constitution du tribunal arbitral : le principe. Des règles organisent désormais l'existence d'une autorité censée superviser et s'assurer de l'efficacité du processus de constitution du tribunal, le centre d'arbitrage, lorsque les parties ont fait le choix de l'arbitrage institutionnel, ou le juge d'appui[1945], lorsqu'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*. Le rôle et la consécration du centre d'arbitrage sont ainsi renforcés puisqu'il se voit confier un statut comparable à celui du juge d'appui en la matière, sauf dans les cas de clauses prévoyant une parité d'arbitres où la loi n'évoque pas le rôle du centre.

489. – Hypothèses couvertes par les articles 1451 à 1454 du Code de procédure civile. En cas de parité d'arbitres (CPC, art. 1451), l'exigence d'imparité étant d'ordre public[1946], en matière d'arbitrage interne et international[1947], les arbitres désignés ou, à défaut, le juge d'appui, devront compléter le tribunal. Le libéralisme de la réforme va jusqu'à assouplir une règle d'ordre public dès lors que si elle est violée, aucune sanction de nullité n'est prévue par le texte. Contrairement aux hypothèses ci-dessous, par ailleurs la tâche de constituer le tribunal est confiée aux seuls arbitres ou au juge d'appui, nonobstant le caractère institutionnel de l'arbitrage, ce qui n'est pas sans poser de difficultés, notamment lorsque le règlement d'arbitrage prévoit que c'est le centre d'arbitrage, et non les arbitres, qui désigne l'arbitre manquant.

490. – La clause ne stipule pas les modalités précises de désignation des arbitres (CPC, art. 1452). Dans l'hypothèse d'un arbitrage *ad hoc*, le juge d'appui désignera soit l'arbitre unique soit, en cas de pluralité d'arbitres, l'arbitre qui aurait dû être désigné par la partie défaillante, voire les deux arbitres ou, même, le président du

---

§ 6.

[1943]Concernant une clause indiquant seulement « Arbitrage : cour d'arbitrage de Paris », V. Paris, 25 févr. 2020, n° 17-18001 : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Rev. arb.* 2020, 207, note D. Bureau ; *JDI* 2020, 1315, note E. Gaillard.

[1944]V. *infra*, not. n° 511.

[1945]Désignation d'un arbitre par le juge d'appui, V. CA Poitiers, 11 févr. 2020, n° 19/01756, *Pharmacie du Géant Casino*.

[1946]Paris, 3 mai et 13 sept. 1995 : *Rev. arb.* 1995, p. 631, note P. Level : « La volonté exprimée par les parties de soumettre leur litige à deux arbitres avec adjonction d'un troisième seulement en cas de désaccord entre les deux premiers ne saurait faire échec aux dispositions impératives des articles 1453, 1454 et 1459 ».

[1947]Sur ce point, V. *infra*, n° 794.

tribunal, en fonction du degré de défaillance d'une ou des parties. Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage institutionnel, la question ne sera guère complexe pour le centre d'arbitrage, qu'il manque un arbitre unique ou un président au sein d'un tribunal arbitral, et sera réglée conformément au règlement d'arbitrage auquel il est renvoyé[1948]. En effet, et reprenant la solution induite de l'arrêt *Dutco*[1949], les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité, ce qui suppose qu'en cas de pluralité de parties, et à défaut d'accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, tous les arbitres seront nommés par le juge d'appui ou l'institution d'arbitrage.

491. – Hypothèse d'un arbitrage multipartite. Dans le cas où aucun accord n'a été trouvé quant aux modalités de constitution, la désignation se fera par les autorités compétentes (juge d'appui ou centre d'arbitrage). Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage CCI et à défaut d'accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal, la cour peut nommer chacun des membres du tribunal et désigner l'un d'entre eux en qualité de président[1950].

492. – Survenance de tout autre différend quant à la constitution du tribunal arbitral. Cette hypothèse renvoie plus précisément aux hypothèses de démission ou décès d'un arbitre entre le moment de la signature de la clause et le moment où il doit être désigné. En effet, les arbitres désignés par la clause peuvent être, au moment de la naissance du litige, décédés ou frappés d'une incapacité[1951]. Par ailleurs, concernant la date de constitution du tribunal arbitral, l'article 1456 du Code procédure civile l'arrête à la date à laquelle les arbitres acceptent leur mission, c'est-à-dire la date à laquelle le tribunal est saisi du litige, et non pas à la date à laquelle l'autorité compétente va venir se substituer aux parties pour désigner l'arbitre ou les arbitres manquants[1952]. Dans l'esprit libéral qui insuffle ces dispositions, le législateur a laissé aux parties le droit de déroger conventionnellement à cette règle, les parties pouvant choisir une autre date de constitution du tribunal.

§ 3. – L'absence de sanctions relatives au non-respect des exigences de formes

493. – L'absence de sanction relative aux clauses blanches. Toute sanction relative à l'existence d'une clause blanche a purement et simplement disparu. En effet, lorsque les parties omettront de désigner l'arbitre ou les modalités de constitution du tribunal, l'article 1444 du Code procédure civile[1953] prévoit uniquement qu'il sera procédé conformément aux dispositions supplétives de la volonté des parties, sans qu'une quelconque nullité, comme le prévoyait l'ancien article 1443, alinéa 2 du Code procédure civile, n'y soit désormais plus attachée.

[1948] V., par ex., Règl. CCI (2021), art. 12 ; Règl. CMAP, art. 10 ; Règl. AFA, art. 6 ; Règl. LCIA (2020), art. 5 ; Règl. ICDR (2014), art. 11 et 12.

[1949] Cass. 1re civ., 7 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet.

[1950] En vertu de l'article 12, alinéa 8 du règlement CCI (2021) ; sur ce point, V. *infra*, n° 821.

[1951] *JCl. Procédure civile*, Fasc. 1020, § 50, *Compromis et clause compromissoire – Conventions d'arbitrage : conditions de fond*, par E. Loquin.

[1952] Sur ce point, V. *infra*, n° 856.

[1953] Sur ce point, V. *supra*, n° 486.

494. – Clauses blanches en droit comparé. Les règles relatives à la convention d'arbitrage selon le droit fédéral américain sont assez souples en ce qui concerne l'obligation pour les parties de désigner les arbitres ou les modalités de constitution du tribunal. Ainsi, en vertu de l'article 9 de l'US Code § 5, lorsque les parties n'ont prévu aucune méthode de constitution du tribunal arbitral, ce sera à la Cour suprême de désigner l'arbitre[1954]. Le droit de l'arbitrage à Hong Kong est également flexible sur ce point, dans la mesure où, lorsque les parties n'ont pas détaillé la méthode de constitution du tribunal, des règles supplétives sont appliquées pour suppléer leur volonté, de la même manière qu'en droit français, prévoyant l'actuation du juge d'appui[1955].

Section 3

Conseils de rédaction de la convention d'arbitrage : comment éviter les clauses pathologiques

495. – Mariage pathologique. La négociation et la rédaction de la convention d'arbitrage, qui posent parfois une question liée mais légèrement différente, sont, encore trop souvent, des étapes négligées, parfois sciemment d'ailleurs, lors de la conclusion d'un contrat. D'où l'expression de « clause de minuit »[1956], en référence (temporelle) à ces clauses qui sont insérées à la dernière minute, à l'heure de se séparer, parce qu'il faut bien prévoir une clause de règlement des litiges à la fin du document, avant de signer, parfois tard dans la nuit, le contrat ou l'ensemble contractuel ardemment et précédemment négociés pour ce qui est des « vraies » clauses, sous-entendu les plus importantes. Ce qui explique que ces conseils rédactionnels fassent déjà l'objet de nombreuses publications, souvent fort utiles[1957]. Il est vrai que, comme

---

[1954] *Apple & Eve, LLC.* v. *Yantai North Andre Juice Co. Ltd., Federal District Court, 07-CV-745 (JFB) (WDW)*, 20 juin 2007 : clause qui stipulait "arbitration in the country of defendant in accordance with the arbitration organization of the defendant country". La Cour rejette l'argument du demandeur selon lequel dès lors que la clause d'arbitrage conclue entre les parties ne désignait ni un endroit pour l'arbitrage en Chine ni un centre d'arbitrage en Chine, la Cour était dans l'impossibilité de juger que l'arbitrage devait avoir lieu en Chine. En effet, le Tribunal a considéré que le fait pour les parties de ne pas identifier un endroit plus spécifique que « la Chine » ne constitue pas une erreur susceptible d'annuler la convention d'arbitrage.

[1955] Cf. *Arbitration Ordinance* [Cap 609], Section 24 ; Loi-type CNUDCI, art. 11. Exemple extrême : *Lucky-Goldstar Int'l (HK) Ltd* v. *Ng Moo Kee Engineering Ltd*, 5 mai 1993 *(H.K. High Court, S.C.t.)* : les parties avaient fait référence à un arbitrage dans un « pays tiers, sous les règles dudit pays et suivant les règles procédurales de l'Association d'Arbitrage Commerciale Internationale ». Malgré le fait qu'aucun pays n'était spécifié, le juge a considéré que la clause était valide, les parties ayant dû faire référence à l'institution arbitrale la plus connue, celle-ci étant – aux yeux du juge – la CCI.

[1956] Au sens où l'entendent les premiers auteurs à avoir semble-t-il fait référence à l'expression : A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, trad. E. Robine, LGDJ, 1994, spéc. p. 107.

[1957] V. not. : ICDR, *Guide pour la rédaction des clauses de règlement de différends internationaux* (www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20French.pdf) ; International Bar Association, *Lignes directrices de l'IBA pour la*

pour des fiancés avant ou pendant un mariage, les parties contractantes, qui viennent de sceller un *deal*, lequel peut s'inscrire sur plusieurs années, n'ont pas nécessairement envie d'évoquer l'hypothèse d'un divorce. Si cette image d'Épinal colle encore, bien que partiellement, à la pratique de l'insertion des clauses d'arbitrage dans la vie des affaires, elle a le mérite de rappeler que la clause d'arbitrage dite « pathologique » reste encore souvent une réalité, comme le prouve l'importance du contentieux propre à la contestation de la convention d'arbitrage, que ce soit en amont, dans le cadre de l'appréciation de son inexistence ou inapplicabilité manifestes (CPC, art. 1448), ou, *a posteriori*, dans le cadre d'un recours de la sentence fondé sur l'absence de compétence (et donc de convention) arbitrale (CPC, art. 1520, 1°)[1958]. Ici plus qu'ailleurs, la responsabilité de l'avocat n'est pas mince[1959].

496. – Si une maladresse de rédaction ne prive pas nécessairement d'effets la clause compromissoire, dès l'instant où elle ne remet pas en cause la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, elle peut tout de même enrayer l'efficacité arbitrale envisagée, en provoquant des litiges, un « contentieux dans le contentieux », qui viennent priver l'arbitrage d'un de ses principaux atouts : l'efficacité et, d'une certaine manière, le gain de temps voulu par les parties qui ont stipulé la clause. Ces clauses d'arbitrage sont souvent appelées « clauses pathologiques ». La notion de « clause pathologique » a été consacrée pour la première fois dans un célèbre article de doctrine[1960] et reprise aujourd'hui dans la jurisprudence[1961]. Cette notion renvoie justement à l'idée de maladie contractuelle, ou plutôt du symptôme que quelque chose ne fonctionne pas bien, et peut affecter, si ce n'est infecter, le reste du processus de l'arbitrage. Elle concerne des clauses d'arbitrage improprement rédigées, « susceptibles de faire obstacle au déroulement harmonieux de l'arbitrage »[1962]. L'expression « clause pathologique », est employée pour décrire des clauses compromissoires dont la rédaction est ambiguë ou imprécise, de sorte que la mise en œuvre de l'arbitrage est perturbée.

497. – Se poser les bonnes questions. Afin de faire l'économie de difficultés futures, tant quant au principe du recours que pour les modalités de mise en œuvre de l'arbitrage, il n'est pas inutile de prendre conseil, non pas après la survenance du

---

rédaction de clauses d'arbitrage international, 2010 (http://cedires.com/index_files/IBA_Guidelines%20for%20drafting%20arbitration%20agreements%20French%202011.pdf). – S. Bond, *How to Draft an Arbitration Clause : Bull. CCI* 1990, vol. 1, n° 2, p. 14. – Ph. R. Budin, *Les clauses arbitrales internationales bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage « ad hoc » et institutionnel. Clauses modèles*, Payot, Lausanne, 1993. – M. Blessing, *Drafting An Arbitration Clause*, in *The Arbitration Agreement. Its Multifold Critical Aspects*, M. Blessing (éd.), Bâle, juin 1994 : *Bull. ASA Special Series* 1994, n° 8, p. 32-77. – W. F. Fox, *International Commercial Agreements, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, Kluwer Law International, 1998. – G. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, Planning, Drafting and Enforcing, Kluwer Law International, 2016. – Ch. Liebscher, *Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control : JIA* 2004, vol. 21, n° 1, p. 67-81 ; A. Cohen Smutny, A. de Lotbinière McDougall et M. P. Daly (eds), *A Practical Guide to International Arbitration*, Juris, 2020, p. 25 et s.

[1958]S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français : pratique de l'exécution et du contrôle judiciaires depuis les réformes de 1980-1981*, LGDJ, 1995, pp. 197-224. (la proportion des recours contre les sentences portant sur l'invalidité de la convention d'arbitrage est importante).

[1959]V. plus gén. *infra*, n° 1036 s. (Encart 35) et sur la responsabilité d'un avocat qui n'a pas informé son client sur l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat, v. : Paris, 4-13, 31 mars 2021, n° 18/08337, *Chripimarc*.

[1960]F. Eisemann, *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Arbitrage commercial/Commercial Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin, 1974, p. 129-161 ; E. Jolivet, *La clause d'arbitrage pathologique : Cah. arb*. 2010, p. 81.

[1961]Cass. 1re civ., 4 mars 2020 : *Gaz. Pal.* 2020, n° 14, p. 40. – CA Rouen, 26 sept. 2019, n° 18/01597.

[1962]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 484.

litige[1963], mais bien en amont, au moment où l'arbitrage est envisagé ou décidé. C'est à ce stade que les parties nécessitent une certaine compréhension des options qui s'offrent à elles et des différentes implications d'un choix par rapport à un autre. Après tout, le droit de l'arbitrage n'est pas qu'un droit contentieux : il s'agit aussi d'une matière où le conseil, l'anticipation et la précision rédactionnelle, ont toute leur place à côté des techniques de plaidoirie ou de la maîtrise des questions de fond à plaider. Il s'agira ici de lister les différentes questions à se poser avant de se lancer dans la rédaction d'une convention d'arbitrage. Plus que les réponses, qui dépendent du cas d'espèce, il s'agit donc de se poser les bonnes questions et d'éviter toute ambiguïté rédactionnelle ou du moins des contradictions. La meilleure recommandation, pour éviter toute ambiguïté, reste de faire simple et d'utiliser des clauses types[1964], dans la mesure du possible.

§ 1. – Le choix de l'arbitrage est-il nécessaire, possible et opportun ?

498. – Le sens arbitral. La première question qui vient à se poser est celle de savoir si le choix de l'arbitrage est, en fait, opportun, voire nécessaire. Autrement dit : proposer le recours à l'arbitrage fait-il sens dans le cas contractuel envisagé ? Si le contrat qui aurait vocation à donner lieu au litige s'inscrit dans un cadre international, par exemple en matière de commerce maritime ou de concession minière, on peut *a priori* répondre par l'affirmative, l'objectif d'un forum neutre étant d'éviter d'avoir à se soumettre aux aléas des juridictions étatiques de son cocontractant, surtout s'il s'agit d'une entité étatique[1965]. Pour autant, le recours à l'arbitrage prend du sens en matière interne, notamment dans certains domaines, parfois très techniques (construction, finances et notamment les garanties de passif, commerce de certains produits spécifiques, *etc.*) ou pour des raisons de confidentialité liées à un secteur, par exemple technologique ou pharmaceutique. Sans oublier la question qui fâche : le jeu (le montant en jeu) en vaut-il la chandelle (le coût d'un arbitrage)[1966] ? Cette question financière mérite aussi d'être posée bien en amont pour que les parties réalisent bien toutes les conséquences matérielles de l'insertion d'une clause arbitrale, *a fortiori* si ce ne sont pas des parties faibles dont le consentement serait davantage protégé, même *a*

[1963]Même en l'absence de clause, un conseil va s'avérer utile pour la bonne rédaction d'un compromis : la Chambre arbitrale internationale de Paris prévoit un modèle de compromis (www.arbitrage.org/fr/convention-arbitrage/modele-compromis) ; pour les modèles de clause compromissoire et de compromis d'arbitrage, V. aussi : *Cah. arb.* 2017, p. 110.

[1964]Tous les centres prévoient désormais dans leur règlement ou sur leur site des clauses types d'une simplicité souvent déconcertante : AAA/ICDR, CCI, LCIA, DIFC, HKIAC, SCC, SIAC, VIAC… Le CMAP prévoit par exemple comme clause d'arbitrage type : « Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage du CMAP auquel les parties déclarent adhérer ». V. www.cmap.fr/le-cmap/clauses-a-inserer.

[1965]S'il existe un certain nombre de systèmes judiciaires perçus comme neutres et pour lesquels une clause attributive de juridiction en faveur de leurs tribunaux pourrait apparaître comme une option neutre et moins onéreuse que le recours à l'arbitrage (on pense à la Suisse, l'Angleterre, le Canada ou Singapore), il reste que cette solution (qui s'est popularisée avec la création de cours internationales dédiées) n'offre pas une solution totalement satisfaisante quand l'une des parties est issue de ce même système. Ainsi, on peut comprendre qu'une partie contractante non française puisse préférer ne pas se soumettre par exemple à la Chambre internationale du tribunal de commerce de Paris si l'autre partie est elle-même française.

[1966]V. *supra*, n° 88 et *infra*, n° 1338 et s.

posteriori. Mais, avant même le choix de l'opportunité, il y a celui de la faculté : encore faut-il en effet que la matière contractuelle sous-jacente soit arbitrable (ainsi, si l'autre partie est une entité étatique, il faudra s'assurer qu'une disposition spécifique déroge à l'article 2060 du Code civil)[1967].

499. – Avantages et inconvénients de l'arbitrage. C'est ensuite les avantages (choix de l'arbitre, flexibilité procédurale, confidentialité, notamment) et inconvénients (coûts supplémentaires, recours limités, degré d'imprévisibilité, par exemple), réels comme perçus, mais tous relatifs[1968], de l'arbitrage, qui doivent être expliqués, pondérés et appliqués à la situation contractuelle, de sorte que l'équation globale « coûts-bénéfices » devrait être, au moins en théorie et pour la partie conseillée, positive pour retenir *in fine* l'option arbitrale. Ici aussi, il est essentiel que celle-ci réalise bien le sens et la portée de la stipulation compromissoire, non pas juste dans ses enjeux, mais dans son principe même : il ne faudra donc pas se méprendre entre arbitrage et autres types d'ADR, notamment la médiation ou l'expertise[1969] car, s'il reste flexible, l'arbitre *tranche* le litige (même en amiable composition, ce qui méritera d'ailleurs d'être aussi clairement expliqué mais aussi stipulé, avec la question, différente mais liée, du droit – ou des règles – applicables au fond). De même que l'arbitre – et non un conciliateur par exemple – devra être clairement investi dans la clause arbitrale, il faut bien que la partie concernée prenne conscience qu'elle implique une renonciation, en principe définitive, au juge étatique[1970]. Une stipulation hybride, qui chercherait à cumuler plusieurs modes de règlement, sans vraiment choisir, encourt la sanction, ou du moins l'insécurité, celle des clauses dites « pathologiques ». C'est donc un choix pratique, clair et éclairé, qui devra être opéré.

Encart 18

Clauses d'arbitrage optionnelles

500. – Lever l'option, ou le doute. Voilà déjà quelque temps que l'on s'interroge sur le principe d'une « option » insérée dans une clause d'arbitrage, c'est-à-dire la faculté, et non l'obligation, d'y recourir, laissée à l'une et/ou l'autre des parties, et sur ses incertitudes[1971], alors que la stipulation arbitrale vise justement à rendre plus sûr le règlement d'un litige. La clause d'arbitrage optionnelle désigne en effet une clause de résolution des litiges qui offre la possibilité de *choisir* de soumettre le différend *soit* à un tribunal étatique, *soit* à un tribunal arbitral.

[1967] V. plus généralement, V. *supra*, n° 285.

[1968] V. *supra*, n° 76 et s.

[1969] De ce point de vue, prévoir, dans le même contrat, à la fois (i) une procédure d'expertise pour apprécier, qu'il y ait un litige ou non, un sinistre, ou encore la valeur de titres à céder, et (ii) un tribunal arbitral qui devra trancher tout litige en rapport avec la cession, n'est pas nécessairement ce que l'on recommandera en premier.

[1970] À moins de stipuler expressément que la sentence pourra faire l'objet d'un appel, ce qui réintroduit, au fond, le juge étatique par le biais des voies de recours (ce que permet, du moins en droit interne, CPC, art. 1489).

[1971] V. par ex. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 487 : « Pareille combinaison [entre une compétence donnée à une juridiction étatique ou arbitrale] peut paraître à première vue contradictoire et devoir conduire à l'inapplicabilité de la convention dans son ensemble et au renvoi du litige à la juridiction compétente selon le droit commun ».

501. – Les clauses optionnelles peuvent être classées en diverses catégories. On parle de clause à option « exceptionnelle » lorsqu'elle impose une hiérarchie dans l'alternative, alors que la clause à option « simple » place sur le même plan un tribunal étatique ou arbitral. Une distinction plus déterminante, qui a cristallisé le débat jurisprudentiel autour de sa validité, oppose la clause « bilatérale » (ou « multilatérale ») qui permet aux deux parties d'exercer l'option alors que la clause « unilatérale » n'offre cette option qu'à l'une des parties[1972].

502. – Un principe connu et accepté. Ces clauses se retrouvent fréquemment dans la pratique, hors de toute consécration légale, notamment dans des contrats de financement ou de prêt en matière internationale[1973]. Leur utilité tient au fait qu'elles laissent ouverte, jusqu'à la matérialisation du différend, la possibilité d'optimiser soit les avantages de l'arbitrage[1974] soit ceux du système judiciaire alternatif[1975]. Ces clauses sont également très fréquentes en matière d'arbitrage d'investissement, avec une option en faveur de l'investisseur[1976].

503. – Quels obstacles en droit français ? Il faut noter en premier lieu que la procédure civile française ne s'oppose pas au principe des options de compétence[1977], ce qui est aussi vrai en matière de droit de l'Union européenne[1978]. De manière plus spéciale, l'assuré, le consommateur ou le salarié disposent d'une option de compétence[1979]. Mais la jurisprudence qui a eu à se prononcer sur des clauses attributives de juridiction optionnelles, dont le régime serait assimilable aux clauses d'arbitrage optionnelles[1980], a plusieurs fois invalidé des clauses d'élection de for unilatérales offrant un choix illimité au bénéficiaire, pour des raisons de potestativité[1981], puis de prévisibilité[1982]. Elle a toutefois retenu que la prévisibilité de l'option – c'est-à-dire lorsque les juridictions potentiellement compétentes sont clairement définissables – rend la clause valide[1983].

[1972] J. Barbet et P. Rosher, *Les clauses de résolution de litiges optionnelles : Rev. arb.* 2010, p. 45-84, spéc. p. 47-48.

[1973] V. par ex., *idem*, p. 46.

[1974] V. *supra*, n° 76.

[1975] On peut envisager que les procédures étatiques soient privilégiées pour des considérations pécuniaires ou d'efficacité. Un accès direct à une juridiction étatique peut également faciliter la mise en œuvre des voies d'exécution ou des mesures provisoires. V. not. Barbet et Rosher, *op. cit.*, p. 46-47.

[1976] J. Willems, *Chapter 38 : The Arbitrator's Jurisdiction at Risk : The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements*, *in* P. Shaughnessy et S. Tung (éds), *The Powers and Duties of an Arbitrator : Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 410-411. À titre d'exemple l'article 12 du traité bilatéral d'investissement entre la France et la Chine du 26 novembre 2007 prévoit une option entre la juridiction étatique compétente et l'arbitrage.

[1977] Le demandeur bénéficie ainsi d'une option en cas de pluralité de défendeurs en vertu de l'article 42 du Code de procédure civile, ainsi que dans les matières contractuelles, délictuelles, mixtes, *etc.*, en vertu de l'article 46.

[1978] *Cf.* Règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012, « Bruxelles I bis », art. 25 qui autorise les prorogations de compétence « exclusive, sauf convention contraire des parties ».

[1979] *Cf.* C. civ., art. 2061, C. assur., art. R. 114-1 ; C. trav., art. R. 1412-1.

[1980] J. Barbet, *La Cour de cassation valide les clauses optionnelles unilatérales sous réserve de prévisibilité : Cah. arb.* 2015, n° 4, p. 757, spéc. n° 8.

[1981] Cass. 1re civ., 26 sept. 2012 : *Bull. civ.* 2012, I, n° 176. La question de la potestativité (C. civ., art. 1304-2) se pose principalement pour les clauses unilatérales offrant un choix illimité à l'une des parties, mais pas pour celles instaurant des obligations alternatives précises qui seraient plus prévisibles.

[1982] Cass. 1re civ., 25 mars 2015 : *Bull. civ.* 2015, I, n° 72.

[1983] Cass. 1re civ., 7 oct. 2015, n° 14-16.898, publié au bulletin : *D.* 2015, p. 2620, obs. F. Jault-Seseke ; *Cah. arb.*

D'ailleurs, le caractère apparemment contradictoire de ces clauses pourrait conduire à les envisager comme des clauses pathologiques, c'est-à-dire potentiellement défectueuses en raison du doute qu'elles feraient planer sur l'intention de recourir à l'arbitrage[1984]. Toutefois, une clause optionnelle – du moins, correctement rédigée – établit seulement une hiérarchie ou une alternative qui ne doit pas nécessiter d'interprétation. L'option offerte peut aussi sembler déroger à la force obligatoire du contrat et de la convention d'arbitrage. En effet, on pourrait considérer que le principe « compétence-compétence » *impose* le recours à l'arbitrage, nonobstant l'option prévue dans la clause, en l'absence de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste (CPC, art. 1448)[1985], ce qui lui enlèverait tout intérêt. Mais la Cour de cassation privilégie « le caractère purement optionnel du recours à l'arbitrage » et permet à la juridiction étatique de retenir sa compétence, sans vérifier la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause[1986].

504. – Consécration progressive en droit positif. Ces obstacles apparents n'y font rien. D'abord, malgré une différence sémantique, il semble bien que l'émergence de la notion d'« inopposabilité » revient à une consécration, bien qu'indirecte, de l'option arbitrale. Ainsi, le caractère traditionnellement « inopposable », au salarié, de la clause d'arbitrage contenue dans son contrat de travail international revient à lui conserver l'option de la soulever[1987]. Cette solution jurisprudentielle ancienne a inspiré le législateur s'agissant du nouvel article 2061 du Code civil[1988], qui a pour effet d'instaurer une double option de compétence en faveur du non-professionnel : en demande, entre une assignation judiciaire ou une requête d'arbitrage et, en défense, en soulevant l'incompétence de l'un ou l'autre des forums devant lequel il serait attrait. Mais surtout, le droit positif s'est explicitement prononcé sur quelques cas de clauses arbitrales optionnelles[1989]. Ainsi, la Cour de cassation admet clairement le principe des clauses optionnelles bilatérales[1990], tandis que la validité des clauses unilatérales, fondée sur l'appréciation de la volonté des parties, a très tôt été affirmée[1991].

Les doutes du droit français n'ont pas toujours trouvé écho dans d'autres systèmes. Le droit anglais reconnaît ainsi clairement la validité des clauses

---

2015, p. 757, note J. Barbet.

[1984]Ainsi, la Cour de cassation a pu donner effet à une clause optionnelle en relevant la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage, Cass. 2e civ., 30 juin 1993 : *Bull. civ.* 1993, II, n° 235. Cette recherche de la commune intention des parties aboutit cependant bien souvent à faire prévaloir le recours à l'arbitrage, rendant l'option sans effet, V. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, n° 490.

[1985]Les clauses *a priori* contradictoires ne sont pas, par principe, manifestement nulles ou inapplicables, par ex. Cass. 2e civ., 18 déc. 2003 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 393 ; ou Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 62, où la clause désignait deux centres d'arbitrage.

[1986]R. Wheeler, *Validité de la clause de règlement des différends optionnelle bilatérale : Chronique de droit de l'arbitrage : LPA* 2014, n° 20, p. 6.

[1987]V. Cass. soc., 16 févr. 1999 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 78 ; *D.* 1999, inf. rap. 74 ; *Rev. arb.* 1999, p. 290-291, obs. M.-A. Moreau (V. *supra*, n° 334. – Cass. soc., 28 juin 2005 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 216.

[1988]Sur cette question, (V. *supra*, n° 312).

[1989]Un certain nombre de solutions relatives aux clauses attributives de juridiction pourraient s'appliquer aux clauses d'arbitrage optionnelles par analogie, mais la jurisprudence ne s'y est pas encore risquée.

[1990]Cass. 1re civ., 12 juin 2013, préc.

[1991]Cass. 1re civ., 15 mai 1974, *Sicaly : Bull. civ.* 1974, I, n° 143.

optionnelles[1992], y compris unilatérales ou illimitées[1993]. Le droit américain reconnaît aussi la validité des clauses unilatérales[1994], mais certains tribunaux ont pu les invalider sur le fondement d'absence de *mutuality* ou pour *unconscionability*[1995].

505. – Rédaction graduelle et ascension. Les *escalation clauses* (clauses de règlement des litiges à plusieurs niveaux)[1996] sont clairement valides et désormais courantes en ce qu'elles permettent aux parties de s'engager dans une série d'étapes, généralement sous la forme d'une ou plusieurs procédure(s) amiable(s) préliminaires telles que les négociations, la procédure participative, la conciliation, la médiation, avant de recourir aux mécanismes « définitifs » de règlement des litiges que sont le contentieux ou l'arbitrage. Mais, pour pouvoir passer à l'étape suivante du processus, encore faut-il que la précédente ait été achevée, c'est-à-dire que les parties n'aient pas réussi à résoudre leur litige au cours de cette étape. Le critère de passage d'une phase à l'autre doit donc être sanctionné de façon explicite et claire.

506. – Le choix de l'arbitrage implique une renonciation non ambiguë au juge étatique au risque sinon de faire peser un aléa sur le déroulement et le sort de la procédure. À titre d'exemple, une clause intitulée « Arbitrage, contestations et différends » indiquait que les parties convenaient pour tous litiges : « avant toute procédure judiciaire, d'en confier le règlement à un tribunal arbitral composé de trois membres, chacune des parties désignant le sien dans un délai de huit jours à compter de la demande qui lui en sera faite par la partie la plus diligente. Si les arbitres ne se mettent pas d'accord sur le choix du tiers arbitre, celui-ci sera désigné par M. le Président du Tribunal de commerce de Versailles. Dans le cas où aucune conciliation ne serait possible sur l'application du présent contrat, le Tribunal de commerce de Versailles sera seul compétent ». Cette clause est un exemple classique dans lequel la procédure arbitrale, la conciliation et une attribution de juridiction sont mêlées voire imbriquées, sans véritable frontière, et offre un cas classique de pathologie. Lors de la signature de l'acte de mission, une partie a manifesté son refus de renoncer à la compétence de la juridiction versaillaise désignée et demandait la mise en œuvre de la conciliation. Pourtant, le président du « tribunal arbitral » prit position en faveur de la qualification d'arbitrage et décida de poursuivre la procédure arbitrale, malgré l'opposition d'une des parties. La cour d'appel de Paris fut ensuite saisie d'un recours

---

[1992]N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern et M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6e éd., 2015, § 2.95.

[1993]V. not. *Mauritius Commercial Bank Limited* v. *Hestia Holdings Limited and Sujana Universal Industries Ltd* [2013] EWHC 1328 (Comm) (English High Ct.).

[1994]V. not. *Harris* v. *Green Tea Fin. Corp.*, 183 F.3d 173 (3d Cir. 1999), cité *in* P. D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, JurisNet, 2007 (2d éd.), p. 114.

[1995]A. S. Rau, *« Asymmetrical Arbitration Clauses » – The United States*, *in* G. Affaki et H. Grigera Naon (éds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC Product n° 755E, 2015, p. 21. V. égal. en droit californien, *Armendariz* v. *Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (2000) qui invalide une clause optionnelle unilatérale présente dans un contrat de travail standard. Cette application du test de *mutuality* est contestée, V. *amicus curiae in MHN Government Services, Inc.* v. *Zaborowski*, Docket n° 14-1458 devant la Cour Suprême des États-Unis, qui a depuis été retirée du rôle.

[1996]Ch. Jarrosson, *Les frontières de l'arbitrage : Rev. arb.* 2001, p. 5. – E. Bertrand, *Arbitrage et conciliation : l'impossible conciliation ? : RDAI/IBLJ* 2001, p. 133. Pour un exemple de rédaction graduelle, v. : Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-24.179.

en annulation, contre la sentence rendue. La cour conclut à l'absence de convention d'arbitrage[1997] et décida : même si le contrat « évoque l'arbitrage », les parties « n'ont pas renoncé à la compétence de la juridiction étatique au profit d'arbitres auxquels elles auraient donné mission de juger, mais ont tout au contraire défini le tribunal étatique territorialement compétent pour statuer sur leurs différends en désignant le tribunal de commerce de Versailles pour le faire, en cas d'échec de la procédure prévue (…), laquelle ne constitue pas une procédure d'arbitrage mais une simple procédure de conciliation préalable à la saisine de la justice étatique ».

507. – Portée et étendue de la clause. Au-delà du recours même à l'arbitrage, à l'exclusion de tout autre mode de règlement des litiges, il convient également de s'assurer de l'étendue – aussi bien *ratione materiae* que *ratione personae*[1998], des litiges couverts par la clause, même si le texte de l'article 2061 du Code civil depuis 2016, permet d'élargir, *a priori*, ce champ d'application. Tout d'abord, il est souvent conseillé de rédiger la clause dans des termes suffisamment larges pour englober tous les différends découlant de la relation contractuelle, sans nécessairement les spécifier ou les lister[1999], ou s'ils le sont, en y ajoutant l'adverbe « notamment », indiquant que la liste stipulée ne se veut pas exhaustive. En tout état de cause, une clause courte, voire standard ou type de celle issue du règlement de l'institution qui est éventuellement considérée, est le plus souvent préférable à une clause longue et détaillée. De même, il est recommandé, lorsque le contrat principal dans lequel s'insère la clause est lié à d'autres documents contractuels, surtout s'ils sont secondaires, d'inclure, là encore de manière non limitative, une référence à ces autres documents, de manière à asseoir, sauf préoccupation contraire, une compétence arbitrale la plus étendue possible et surtout à éviter un émiettement du contentieux[2000]. S'agissant des personnes liées, s'il est préférable *a priori* de ne pas viser les parties non signataires mais intéressées, comme un tiers bénéficiaire visé dans le contrat ou une des sociétés appartenant au même groupe qu'une société signataire ; il peut être aussi envisagé d'exclure, de façon spécifique, telle ou telle partie tierce susceptible d'être englobée, une fois l'arbitrage enclenché, dans la sphère obligatoire de la clause compromissoire : face à une jurisprudence, arbitrale ou étatique, parfois libérale sur ce plan, une volonté contraire manifestée en amont dans la clause peut permettre, sans garantie toutefois, de se prémunir contre une extension *ratione personae* trop large de la clause d'arbitrage.

§ 2. – Préférer un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel ?

508. – L'arbitrage administré. Une fois le principe arbitral confirmé, une autre sous-alternative, une *summa divisio* en la matière, s'impose aux parties, celle du type d'arbitrage : *ad hoc* ou institutionnel[2001] ? Choisir l'arbitrage institutionnel est souvent présenté comme une option plus sûre, en ce qu'elle offre un cadre administratif, stable

---

[1997] CA Paris, 1re ch. C, 20 nov. 2003 : *Rev. arb.* 2005, p. 1054, note Ch. Jarrosson.

[1998] V. *infra*, nos 602 et 606.

[1999] Sauf cas du compromis (V. *supra*, n° 191).

[2000] En s'assurant ainsi et symétriquement que ces autres documents, qui forment un ensemble contractuel avec la convention principale, ne contiennent pas de clauses de règlement des litiges qui viendraient contredire le recours à l'arbitrage pour ces documents mais sur la base de la clause arbitrale contenue dans la convention principale.

[2001] V. *supra*, n° 134.

et éprouvé, entourant le tribunal arbitral, une interface supplémentaire pour les parties, jugée plus efficace pour la procédure, en contrepartie d'une rémunération (ce qui implique la conclusion d'un contrat d'arbitrage toujours implicite entre les parties et le centre concerné) : on parle alors d'arbitrage administré, qui implique nécessairement le choix d'un règlement avec des règles propres, qui dépassent la question du barème applicable. Au-delà de l'ancienneté et de la réputation, de la zone géographique *a priori* couverte par l'institution, des langues dans lesquelles elle offre d'administrer l'arbitrage et donc de son barème, il faut reconnaître qu'un comparatif scrupuleux entre les centres et règlements est rarement opéré *a priori*, ce qui devrait pourtant orienter le choix de manière plus éclairée. Il est vrai aussi que, aujourd'hui, le contenu des règlements tend à converger, se modernisant régulièrement et offrant souvent les mêmes mécanismes : arbitre d'urgence, procédure accélérée, audience virtuelle, communications électroniques, *Med-Arb*, prise en compte de la présence de tiers financeurs… Il reste encore, dans ce marché institutionnel des centres d'arbitrage, à disposer d'un véritable comparateur, permettant aux parties de savoir quels services juridico-administratifs et quelle valeur ajoutée spécifique telle institution offre par rapport à telle autre et pour quel coût[2002]. Outre cette revue *a priori* du règlement applicable, qui ne saurait qu'être conseillée, les deux seules règles d'or sont (i) d'éviter d'adapter la clause arbitrale correspondante et (ii) de se limiter à reproduire la clause-type, à jour[2003], proposée par le règlement de l'institution qui aura été choisie.

D'ailleurs, il convient de rester attentif quant au choix de l'institution car la désignation d'une institution arbitrale ambiguë pourra rendre la clause arbitrale pathologique, même si, alors, la clause pathologique reste en principe curable[2004]. La cour d'appel de Paris a ainsi pu décider que même la désignation d'une institution d'arbitrage qui n'existe plus, alors que son successeur peut valablement connaître du litige, n'affecte pas la validité de la clause compromissoire[2005]. De même, pour le fait de « sauver » la clause suivante : « En cas de conflit n'impliquant que les chargeurs et l'armateur disposant, seul le tribunal de la Chambre de commerce de Paris sera compétent »[2006]. En effet, la cour a constaté que le seul organisme d'arbitrage habilité par la Chambre de commerce de Paris est la Chambre arbitrale de Paris. Afin de respecter la volonté des parties, les juges ont dépassé l'erreur formelle ayant été faite par les parties. Selon les juges du fond, il était certain que les parties souhaitaient confier leur litige à la Chambre de commerce de Paris.

509. – CCI ou ICC. Classiquement, une confusion s'est longtemps produite dans l'utilisation de l'acronyme « CCI », pouvant désigner la « Chambre de commerce internationale », auquel il est parfois rajouté « de Paris », et la « Chambre de commerce et d'industrie » (qui peut renvoyer à celle de Paris, la CCIP, et donc au centre d'arbitrage rattaché, le CMAP). D'autres problématiques se posent quant au choix de l'institution arbitrale et de sa localisation, et notamment dans le cas de la CCI. En effet, il arrive que l'arbitrage CCI soit choisi, avec une localisation ambiguë, laquelle n'a pas à être parisienne et peut viser un autre « terrain neutre », comme la Suisse, par exemple

---

[2002] O. Armas, S. A. Haridi et G. Morello, *Comparison Of International Arbitration Rules*, Juris, 2020.

[2003] Un soin particulier devra être porté sur la version concernée par la clause, les centres étant désormais amenés à mettre à jour de plus en plus fréquemment leur règlement.

[2004] Sous réserve de contrôle par le juge de l'annulation ou de l'*exequatur* ; V. par exemple CA Paris, 20 oct. 2020, n° 18/07943, *Flashbird c/ CSPI*, inédit.

[2005] CA Paris, 20 mars 2012 : *Gaz. Pal.* 17 juill. 2012, p. 12, note D. Bensaude.

[2006] CA Paris, 14 mars 1985 : *Rev. arb.* 1987, 325, note P. Level.

la clause qui stipule « le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI de Zurich ». La clause peut être sauvée, si on estime que la Suisse n'a été désignée que comme lieu de l'arbitrage et non comme localisation de l'institution d'arbitrage elle-même. Dans cette affaire, la Chambre de commerce zurichoise, saisie en premier, s'est estimée incompétente et a transmis le dossier au siège parisien de la CCI. La Cour d'arbitrage internationale de la CCI, malgré cette imprécision rédactionnelle, a néanmoins estimé que la CCI était bien compétente et que l'arbitrage aurait lieu à Zurich[2007]. Des différends peuvent également survenir lorsque les parties se réfèrent au règlement d'un premier centre d'arbitrage, mais décident que l'arbitrage sera mis en œuvre par un autre centre[2008]. Ou encore, lorsqu'une clause désigne deux institutions d'arbitrage à la fois, comme dans le cas d'une célèbre affaire, finalement transigée, où la clause visait et l'« Association française de l'arbitrage » (AFA) et la « CCI à Paris ». Dans cette longue saga, qui aura duré de nombreuses années, pour, au départ, une clause qui « trop embrasse, mal étreint », la Cour de cassation a *in fine* jugé que, si « la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est indiscutable », l'ambiguïté dénoncée du contenu de la clause « reste en elle-même et à elle seule inopérante pour effacer la volonté effective exprimée sans équivoque par les parties, de recourir à l'arbitrage »[2009]. Sur un autre continent, et dans une affaire célèbre, les parties ont mis en place une concurrence entre le SIAC et la CCI, ce qui a abouti à un conflit de compétences entre les deux centres[2010]. Alors que le SIAC avait confirmé sa compétence pour administrer l'arbitrage conformément au règlement de la CCI, un recours en annulation fut formé contre la sentence qui en a résulté : la Haute Cour de Singapour a reconnu que le tribunal était bien compétent, que la clause était valide parce qu'une institution peut administrer une procédure d'arbitrage conformément à un autre ensemble de règles choisies par les parties, tant que les choix effectués ne provoquent pas d'incohérence significative[2011].

510. – Arbitrage *ad hoc*. L'arbitrage *ad hoc* reste, lui, perçu comme un choix potentiellement plus « périlleux » au moment de stipuler, en raison précisément de l'absence de cadre administratif ou réglementaire proposé par le centre, exposant ainsi les parties à des risques de blocage, souvent inévitable (notamment lors de la nomination des arbitres, ou pour ce qui est de fixer les honoraires des arbitres, ce qui suppose parfois des « négociations » délicates entre les parties et les arbitres). Ce type d'arbitrage reste néanmoins usité, et peut même être conseillé pour les litiges internes et aux montants faibles (on pense aux arbitrages relatifs aux garanties de passif en matière de cessions d'entreprises françaises), ce qui s'explique par le fait que c'est justement dans ces litiges que l'économie réalisée par le non-recours à une institution est ressentie comme le véritable gain recherché. Mais l'objectif d'économie peut vite être frustré, voire anéanti, en cas d'obstruction ou de difficultés dans certaines étapes de la procédure, rendant *in fine* l'arbitrage *ad hoc* significativement plus cher qu'un arbitrage institutionnel équivalent. On retrouve par ailleurs souvent l'option *ad hoc* dans bon nombre d'arbitrages d'investissements internationaux, notamment parce que

---

[2007] Sent. CCI n° 4472/1984 : *JDI* 1984, p. 946.

[2008] V. *supra*, n° 145 et *infra*, n^os^ 928 et 1116.

[2009] CA Aix-en-Provence, 23 févr. 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 480. – Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 775, note F.-X. Train.

[2010] V. Clause qui énonçait : « arbitration before the Singapore International Arbitration Centre ["SIAC"] in accordance *with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce* ["ICC"] ».

[2011] V. M. Hwang, *Insigma Technology Co Ltd* v. *Alstom Technology Ltd*, Singapore High Court, Originating Summons n° 13, 14 août 2008, *A contribution by the ITA Board of Reporters.*

les parties étatiques qui consentent une clause d'arbitrage dans les traités de protection des investissements semblent avoir, à tort ou à raison, un *a priori* moins défavorable à l'égard du règlement CNUDCI, *ad hoc*, que pour le règlement par exemple, institutionnel, CIRDI[2012].

Si le choix s'est porté sur l'option *ad hoc*, une nouvelle alternative se présente aux parties. On peut d'abord demeurer, dans le texte de la clause, le plus succinct possible, en faisant confiance au cadre procédural légal défini par les arbitres qui seront choisis (en concertation avec les parties) et/ou applicable par défaut, souvent les règles issues du droit de l'arbitrage du siège choisi, d'où l'importance à tout le moins de désigner ledit siège dans la clause. Si Paris est visé (entre autres critères), ou s'il s'agit d'un arbitrage interne, les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage pourront s'appliquer et doivent offrir un cadre juridique sûr, prévisible et suffisamment éprouvé (par près de quarante ans d'applications jurisprudentielles). Il est vrai que le Code de procédure civile offre ici une sorte de mini-code qui pourrait être assimilé à un quasi-règlement pour arbitrages *ad hoc*, avec le juge d'appui faisant office d'institution arbitrale en cas de difficultés. L'autre option est soit de détailler la clause compromissoire dans le contrat, jusqu'à la faire ressembler à un compromis[2013], ce qui n'est pas nécessairement la meilleure solution en ce que le temps peut rendre certains détails obsolètes et difficiles à modifier après coup, soit de prévoir un règlement spécifiquement dédié aux arbitrages *ad hoc*. Souvent, et notamment dans un cadre international, les parties se tourneront alors vers le règlement CNUDCI[2014]. Parfois aussi, les parties peuvent décider, tout en souhaitant conserver la nature *ad hoc* de l'arbitrage qu'elles ont choisi de privilégier, de donner un rôle à un centre d'arbitrage de confiance, notamment en le désignant comme autorité de nomination des arbitres (si les parties bloquent sur un président ou un arbitre unique), ou pour lui donner la mission indirecte de désigner une autre autorité de nomination (souvent une personnalité renommée et reconnue dans ce domaine)[2015] qui désignera alors le ou les arbitres. Un tel choix, même s'il peut relativiser les frontières entre l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel, permet d'éviter d'éventuels blocages entre les parties au moment de la nomination des arbitres.

Il reste que les parties doivent être claires lors de la rédaction de la clause et opter clairement entre les deux types d'arbitrage, au risque de se retrouver dans une situation un peu « bâtarde », de blocage, et *in fine* « pathologique ».

[2012] J. Pohl, K. Mashigo et A. Nohen, *Dispute settlement provisions in international investment agreements : A large sample survey*, OCDE Working Papers, 2012.

[2013] Les parties peuvent également choisir, sans se soumettre à l'arbitrage institutionnel, de suivre le règlement d'une institution telle que la CCI en recopiant le règlement d'arbitrage ; V. en ce sens : Ch. Jarrosson, *Le statut juridique de l'arbitrage administré : Rev. arb.* 2016, p. 445, spéc. p. 453.

[2014] V. *supra*, n[os] 62 et 136.

[2015] Si les parties ont fait le choix d'un arbitrage CNUDCI, l'autorité de désignation par défaut sera la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye (Règl. CNUDCI, art. 9.3). De même, le règlement CCI prévoit des dispositions spécifiques (Règl. spécifique de la CCI, art. 1, autorité de nomination dans les procédures d'arbitrage CNUDCI ou dans d'autres procédures d'arbitrage *ad hoc*, janv. 2004) applicables lorsque ses organes (spécifiquement la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, qui constitue alors un comité spécial) agissent en qualité d'autorité de nomination ; enfin, comme indiqué, de nombreux traités de protection des investissements prévoient, dans la clause d'arbitrage, un choix entre le système institutionnel CIRDI et le recours à un arbitrage *ad hoc* selon le règlement CNUDCI.

§ 3. – Un ou trois arbitres ?

511. – Lors de la rédaction de la clause d'arbitrage, se pose nécessairement la question de la constitution du tribunal arbitral, et éventuellement de désigner un arbitre unique ou trois arbitres, ou à tout le moins prévoir les modalités de leur désignation : il s'agit là d'ailleurs d'une condition de forme, bien que non rédhibitoire, pour la validité de la clause[2016]. Si l'arbitre unique est en principe choisi pour les litiges plus simples et/ou les moins lourds en enjeux financiers, la difficulté réside bien entendu dans le fait qu'il est difficile au stade de la rédaction d'anticiper la nature et l'ampleur des différends à venir. Le défi est tel qu'il est fréquent, en pratique, notamment dans les clauses-types institutionnelles, d'y trouver une référence à un tribunal « constitué d'un ou trois membres », nombre qui sera *in fine* déterminé (par le centre ou le juge d'appui) une fois le litige né, le plus souvent selon le montant en litige et sa complexité[2017].

512. – Un et un seul. Choisir un arbitre unique, c'est bien sûr le choix de l'économie, c'est, à peu de choses près, trois fois moins cher qu'un tribunal composé de trois membres, ce qui, à bien y réfléchir, ne devrait pas être un ratio aussi évident que cela, puisque les trois arbitres ne vont pas nécessairement travailler de la même manière, mais aussi celui de la rapidité puisqu'il peut paraître plus simple de s'accorder sur un nom plutôt que sur trois, même si, au final la désignation des deux (premiers) coarbitres se fait de manière expéditive et unilatérale[2018]. Il est toutefois exact que, lorsque l'option à trois membres est retenue, la désignation d'un président, que ce soit par les coarbitres et *a fortiori* si elle doit impliquer les parties et/ou leurs conseils, est une étape ultime qui rallonge et alourdit, parfois considérablement, le processus de constitution du tribunal arbitral. De plus, si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le choix de l'arbitre unique, ce choix sera laissé au juge du siège compétent, ou à l'autorité de désignation choisie par les parties. Certes, « le fait de désigner les arbitres dans le corps même de la clause compromissoire n'est en soi pas illicite »[2019], mais attention toutefois, même si le cas se rencontre désormais rarement en pratique[2020], à la clause d'arbitrage qui prévoit directement l'identité de l'arbitre unique, notamment dans l'euphorie du consensus qui existe entre les parties au moment de signer le contrat : ce choix est risqué, notamment du point de vue de l'égalité des parties[2021], et même déconseillé, puisque ce qui est vrai au moment de la conclusion de la clause ne l'est plus nécessairement des années, voire une décennie après, en raison des imprévus qui auront inévitablement surgi entre-temps (indisponibilité, existence de conflits d'intérêts, voire décès)[2022]. Si les parties souhaitent toutefois nommer un arbitre spécifique dans la clause, il n'est alors pas inutile de prévoir une alternative (par ex. un

---

[2016] CPC, art. 1451 ; V. *supra*, n° 486.

[2017] V. *infra*, n° 794.

[2018] Pourtant, dans les faits, il s'avère plus difficile de choisir un arbitre unique que de nommer, d'un commun accord, le président d'un tribunal arbitral : V. J.-P. Grandjean et C. Fouchard, *Le Choix de l'arbitre : de la théorie à la pratique : CDE* juill.-août 2012, n° 4, p. 33, spéc. p. 35.

[2019] TGI Paris, ord., 13 févr. 2014, n° 13/58916, *Alicantes* c/ *Gerpo*.

[2020] Aujourd'hui ces clauses sont en général sauvées, si la volonté des parties de recourir à l'arbitrage est claire. V. CPC, art. 1444 et s. (pouvoir du juge d'appui pour remédier aux situations de blocage).

[2021] V. à ce sujet, *infra*, n[os] 807 et 821.

[2022] Bien qu'il soit relativement rare de voir un arbitre spécifique nommé dans une clause d'arbitrage, une décision anglaise récente illustre les problèmes relatifs à une telle stipulation : Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, 18 mai 2020, *B & Anor* c/ *J & Ors*, [2020] EWHC 1373 (Ch), n° BL-2020-000070.

arbitre à nommer à titre subsidiaire, ou alors les modalités de nomination à mettre en œuvre en cas d'impossibilité pour l'arbitre nommé de siéger).

513. – Ménage à trois. Évoquer le « tribunal arbitral » dans une clause compromissoire, c'est en principe envisager la pluralité et plus précisément trois arbitres (en raison de la règle d'imparité[2023], destinée à éviter des situations de blocage et permettre de dégager une majorité). Le tribunal arbitral peut soit être constitué par la désignation des deux coarbitres nommés par les parties (ou groupes de parties), qui choisissent ensuite le président, soit par nomination des coarbitres et président par le centre arbitral ou le juge d'appui (selon le type d'arbitrage). Si le choix final du président bloque, le juge ou le centre intervient pour procéder à cette dernière nomination et finaliser la constitution du tribunal. Lors du choix des arbitres, il peut être utile pour les parties de s'assurer d'un choix d'arbitre de nationalité « neutre », notamment eu égard à celle des parties, ce critère étant souvent perçu comme assurant un certain degré d'impartialité, voire d'indépendance[2024]. Si la clause ne le stipule pas, de nombreux centres retiennent ce critère « négatif » qui prévoit que l'arbitre unique ou le président ne sera en principe pas de la même nationalité que celles des parties[2025].

§ 4. – Quel siège pour l'arbitrage ?

514. – La stipulation du siège fait également partie des éléments considérés comme clés lors de la rédaction d'une clause d'arbitrage : même si son absence n'est pas rédhibitoire ou de nature à remettre en cause la validité de la clause (le siège peut être fixé après la naissance du litige, soit par le centre compétent, soit par le juge d'appui)[2026], sa stipulation permet d'éviter bien des tracas après coup. Une confusion souvent faite par les parties, y compris au stade de la clause, est celle entre le choix du siège avec celui du lieu où se dérouleront les audiences et autres réunions de l'arbitrage, ce qui a conduit certains rédacteurs à se sentir obligés d'indiquer que, nonobstant tel ou tel siège, les audiences pourront se tenir dans tel(le) autre lieu ou ville. La question que se posent aussi souvent les rédacteurs est celle de la connexion entre le choix d'un centre et le choix d'un siège : souvent encore, la CCI étant principalement basée à Paris (avec des branches partout ailleurs dans le monde), on pense que stipuler une clause CCI implique nécessairement le choix d'un siège à Paris, ce qui est une erreur[2027]. Le siège doit généralement répondre à deux soucis principaux : assurer, comme pour le tribunal, un *for* neutre au regard du profil des parties à la cause

---

[2023] V. *infra*, n° 801.

[2024] Pour une illustration jurisprudentielle où la clause CCI insérée entre des entités françaises prévoyait un tribunal arbitral composé uniquement d'arbitres suisses, afin de « dépayser » le litige vis-à-vis de l'influence d'un des groupes parties au litige ; V. CA Paris, 17 déc. 2019, n° 17/23073, *GLF et al.* c/ *BNP et al. : Rev. arb.* 2019, p. 1209. – V. CA Dijon, 12 nov. 2020, n° 18/00617, où il s'agissait de savoir si, et le cas échéant jusqu'à quelle date, une partie ayant choisi un arbitre pouvait modifier son choix.

[2025] V. Règl. d'arbitrage CCI, art. 13.5 et 13.6 (en vigueur au 1er janv. 2021) ; V. Règl. d'arbitrage LCIA, 2020, art. 6.1 ; V. plus généralement : *infra*, n° 690.

[2026] La compétence duquel n'est pas aisée à déterminer lorsque le siège n'est pas fixé dans la clause, ce qui a pu aboutir à des solutions jurisprudentielles créatives de la part des tribunaux français (Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, *État d'Israël* c/ *Sté Nioc : Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt) ; V. *infra*, n° 1113.

[2027] De même, le choix de la LCIA ou du SIAC n'implique pas nécessairement que le siège sera Londres ou Singapour – mais à défaut de choix, la LCIA prévoit que Londres sera le choix de siège par défaut (V. Règl. LCIA, 2020, art. 16.1), ce qui n'est pas le cas pour Singapore (V. Règl. SIAC, art. 21). Pour le CIMAC (au Maroc), Casablanca sera le siège par défaut (V. Règl. CIMAC, art. 17.1), si les parties ne l'ont pas stipulé.

(notamment en cas de contestation de la sentence) et fournir un cadre juridique prévisible et favorable à l'efficacité de l'arbitrage (notamment si l'État en question est signataire de la Convention de New York ou dispose d'un droit encore plus favorable)[2028] : c'est bien le cas du droit français de l'arbitrage.

En effet, le choix du siège, outre qu'il peut imposer le respect de règles arbitrales et procédurales impératives (on pense au principe d'égalité en droit français), déterminera la compétence et les recours applicables, notamment s'agissant des tribunaux compétents et ainsi notamment, en cours d'arbitrage, du juge d'appui[2029], mais aussi et surtout, *a posteriori*, pour entendre les recours possibles et notamment le recours en annulation de la sentence une fois rendue[2030], donc le droit, y compris l'ordre public international, du siège. Il est donc essentiel que les parties et leurs conseils (voire les arbitres avant d'accepter leur mission) passent en revue, au moment de négocier et de rédiger la clause arbitrale, et au-delà du critère de la neutralité, les conséquences juridiques exactes que peut emporter le choix de tel ou tel siège, sans occulter le fait que la législation applicable peut y être souvent mouvante[2031].

§ 5. – Quelle est la langue choisie pour l'arbitrage ?

515. – Le choix de la langue, s'il peut parfois sembler superflu ou en tout cas secondaire – il ne s'agit pas, là aussi, d'une condition de validité de la convention d'arbitrage – par rapport au choix d'un nombre d'arbitres, d'un règlement ou d'un siège, est en réalité un choix essentiel, voire stratégique, lors de la rédaction d'une clause d'arbitrage, car, outre les éléments procéduraux qu'il peut indirectement dicter, il a une influence déterminante sur le choix des arbitres qui seront amenés à trancher le litige.

516. – Arbitrage international. La question ne se pose pas véritablement[2032] en matière d'arbitrage interne, lorsque les parties parlent la même langue, mais, dès l'instant où l'arbitrage est international, la question surgit, avec l'idée qu'il s'agit de ne pas privilégier la langue de telle ou telle partie, sous réserve du pouvoir de négociation de chacune. L'absence d'un tel choix par les parties au moment de la rédaction de la clause aura pour conséquence de laisser ce choix aux arbitres[2033]. Langue des affaires internationales, il est désormais courant, dans un contexte où les deux parties sont de

---

[2028] V. *supra*, n[os] 48 et 98.

[2029] En matière de contestation de la compétence des arbitres et des pouvoirs des arbitres, notamment pour les mesures provisoires.

[2030] V. *infra*, n[os] 1133 et s. 1521.

[2031] Par ex., choisir les EAU, c'était, un temps, exposer les arbitres à un risque de poursuites pénales (selon l'ancien article 257 du Code pénal fédéral, désormais abrogé) pour toute décision rendue en contravention avec les exigences d'intégrité et d'impartialité. De même, le choix de la Hongrie comme siège peut emporter l'application d'un nouveau droit de l'arbitrage imposant aux arbitres la restitution (automatique ?) des frais d'arbitrage et donc par le centre et les arbitres (V. Ph. Cavalieros, *Le nouveau droit hongrois de l'arbitrage sous le prisme de la responsabilité de l'arbitre : Rev. arb.* 2018, p. 539, spéc. p. 549). Enfin, le droit californien a longtemps imposé (jusqu'en 2018) que, pour les arbitrages se déroulant dans l'État, seuls des conseils locaux puissent représenter des parties au litige, sans évoquer les aléas relatifs au sort de la sentence, en raison d'une politique jurisprudentielle californienne qui a pu être longtemps très favorable au consommateur et peu à l'arbitrage.

[2032] V. toutefois, pour la question des langues locales/régionales, *infra*, n° 1140.

[2033] Les paramètres souvent retenus seront la langue du contrat, celle de la correspondance pertinente, mais aussi les effets que la langue de l'arbitrage pourrait avoir sur leur choix d'arbitres ou de conseil ; V. en ce sens les Lignes directrices de IBA sur la rédaction de clauses d'arbitrage international, Ligne directrice n° 7.

nationalité différente, d'opter pour l'anglais. Même si ce choix ne va pas toujours de soi, en ce qu'il peut imposer une certaine logique procédurale à l'arbitre qui sera désigné, notamment s'il doit appliquer un droit non anglo-saxon, il reste un compromis acceptable, en présence de parties dont la langue nationale est si peu commune que trouver un arbitre qui la parle relèvera d'une mission impossible. C'est aussi pour des raisons pratiques qu'opter pour deux langues dans la clause compromissoire n'est que rarement recommandé, notamment en termes de coûts et de flexibilité ou de rapidité (en raison des traductions ou interprétations qui seront alors requises et du délicat respect du contradictoire que cela peut imposer)[2034]. *In fine*, il peut être judicieux, lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur cette question au moment de la rédaction et de la négociation du contrat, ce qui reste somme toute rare[2035], de ne pas prévoir de langue, mais de laisser l'arbitre (ou le centre d'arbitrage, selon) décider de cette question une fois le litige né.

§ 6. – Quel est le droit applicable à la convention d'arbitrage ?

517. – La question du droit applicable au contrat[2036], c'est-à-dire au fond du litige s'il doit survenir, y compris des règles transnationales, voire d'équité, est parfois réglée au sein même de la clause compromissoire, plutôt que dans une clause de droit applicable distincte, ce qui est plus ou moins opportun selon les cas et la nature du contrat. Se pose ainsi souvent la question, liée, du droit spécifiquement applicable à la clause d'arbitrage et les questions, presque indissociables, qu'il pose aussi : quel droit va en effet régir l'existence de la clause, son efficacité, les aspects procéduraux de l'arbitrage qui se déroulera sur le fondement de cette clause (*lex arbitri*), la portée du principe de compétence-compétence, le juge d'appui pour assister l'arbitre en cours d'arbitrage, notamment pour l'obtention de preuves, *etc.* ? Or, les différences entre les systèmes juridiques, par exemple entre le droit anglais et le droit français (V. *supra*, n° 461), montrent que la question du choix de la loi applicable à la clause compromissoire s'impose parfois de manière très explicite. Le principe d'autonomie voudrait que ce droit ne soit pas celui applicable au fond du contrat, même si cette dernière mention est prévue dans la clause elle-même. Si le droit français règle cette question de manière relativement directe et unilatérale, selon des règles matérielles propres à l'arbitrage international français et indifféremment du droit du siège, d'autres systèmes attachent au siège une importance déterminante, comme c'est le cas du droit français[2037]. C'est pourquoi certaines institutions suggèrent, dans la clause-type qu'elles proposent aux parties d'insérer dans ladite clause un alinéa spécifique relatif au droit

---

[2034] P. Duprey et C. Fouchard, *Recours en annulation contre une sentence rendue en matière internationale : des précisions de nature procédurale et une (petite) révolution en matière de contrôle de la contrariété à l'ordre public ? note ss Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2013 : Rev arb.* 2014, p. 90.

[2035] C'est parfois le cas lorsque, dans de nombreux pays arabes ou asiatiques, le contrat prévoit, sur deux colonnes, tous les termes à la fois dans la langue locale et dans une autre langue internationale (souvent l'anglais) : faire alors primer une langue arbitrale sur une autre en fin de contrat doit se faire avec le plus grand soin.

[2036] V. à ce sujet, *infra*, n° 879.

[2037] V. *infra*, n° 1116.

spécialement applicable à la clause, afin d'éviter toute forme d'imprévisibilité avant, pendant ou après l'arbitrage[2038].

§ 7. – Conseils de rédaction additionnels

518. – La flexibilité de l'arbitrage est son atout majeur, ce qui ouvre aux rédacteurs de la clause des voies presque illimitées pour imaginer la procédure qu'ils souhaitent, sous réserve du respect de règles impératives, comme le contradictoire. Ainsi, d'autres éléments peuvent être envisagés au moment de stipuler la clause, lesquels se retrouvent en pratique, bien qu'encore rarement :

– une phase préalable de conciliation ou médiation, qui peut être plus ou moins contraignante (on parle d'*escalation clause*) et notamment une articulation entre arbitrage et médiation (*Med-Arb* ou *Arb-Med*), à usage parcimonieux donc ;

– la confidentialité des échanges dans l'arbitrage, y compris la sentence elle-même ;

– le champ, envisagé de manière large, des litiges arbitrables ;

– s'il y aura, ou non, une phase de production de documents et dans quelles circonstances ou conditions, et selon quelles règles ;

– les questions de l'immunité et des renonciations effectives éventuelles, lorsqu'une partie contractante est étatique ;

– la loi applicable au litige, et à la clause compromissoire, la procédure choisie, la langue de l'arbitrage, le siège de l'arbitrage ;

– la renonciation à des voies de recours[2039] ;

– une méthode d'allocation des coûts et de quels coûts ;

– une limitation éventuelle, ou une fourchette encadrant les honoraires du ou des arbitres ;

– la question de savoir si les coûts de l'arbitrage s'intègrent dans le litige et doivent s'inscrire dans la sentence.

519. – De plus, dans le cadre de contrats conclus avec des entités publiques ou des États souverains, et pour éviter tout contentieux futur relativement aux immunités diverses (de juridiction et surtout d'exécution), il peut être envisagé de négocier et, *in fine*, de stipuler des dérogations à ces protections qui peuvent rendre stériles le recours et l'exécution de la clause compromissoire. Dans ce cas, une renonciation expresse et spéciale paraît nécessaire[2040].

520. – Pour conclure, se placer au moment de la rédaction de la clause compromissoire, c'est accepter de nombreuses incertitudes, que ce soit pour l'objet du différend, des clauses qui seront disputées, de la qualité de demanderesse ou défenderesse de chaque partie, ou même de l'identité finale de la partie qui sera en face (le contrat pouvant circuler ou toucher des parties non signataires). C'est pourquoi, entre deux options, et parce qu'il est rare que l'imagination des parties permette de tout

---

[2038] V. la clause-type du HKIAC (www.hkiac.org/arbitration/model-clauses) ; V. Cour suprême du Royaume-Uni, 9 oct. 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi AS* c/ *OOO Insurance Company Chubb*, [2020] UKSC 38 : la Cour suprême estime que, lorsque les parties ont choisi, expressément ou implicitement, la loi applicable au contrat principal, cette loi régira également la clause d'arbitrage – à moins que l'application de cette loi n'invalide ou ne compromette de manière significative la clause d'arbitrage.

[2039] Ce que permet le droit français depuis le décret de 2011 (CPC, art. 1522) ; v. plus gén. *infra*, n° 1534 et s.

[2040] V. en ce sens CPC ex., art. L. 111-1-3 ; V. aussi : Cass. 1re civ., 10 janv. 2018, n° 16-22.494, *Commisimpex*, et plus gén. : V. *infra*, n° 1759 et s.

anticiper, il est souvent préférable de faire primer la simplicité et la clarté dans la rédaction que le détail et l'abondance, qui, même pétris des meilleures intentions, risquent, dans leur mise en œuvre, d'aboutir à des blocages.

Chapitre 4

La sanction du non-respect des conditions de validité de la convention d'arbitrage : la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention

521. – Lorsqu'un juge se retrouve face à une convention d'arbitrage dont la validité lui semble « suspecte », peut-il faire utilisation de son pouvoir juridictionnel et préempter le débat autour de la validité de ladite clause ? Cette hypothèse dépendra de la qualification de la convention d'arbitrage et plus précisément du degré de « suspicion » qui l'anime au sujet de sa validité : est-elle manifestement nulle ou manifestement inapplicable ? Si le caractère manifeste est retenu, le juge pourra alors emprunter cette porte étroite pour rentrer dans l'examen de la validité de la clause, faisant ainsi abstraction du principe matériel de validité de la clause compromissoire et du principe de compétence-compétence. On retrouve cette brèche ouverte, comme exception à la règle « compétence-compétence », à l'article 1448 du Code procédure civile (et, par extension et dans une certaine mesure, à l'article 1455).

522. – Plan. Il convient d'étudier le caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissoire (Section 1) pour ensuite voir quelles sont les voies de recours possibles (Section 2).

Section 1

La notion du caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissoire

523. – Effets positif et négatif du principe compétence-compétence. Positivement, la « compétence-compétence »[2041], énoncée autrefois par la

[2041] V. *infra*, n° 531.

jurisprudence comme « le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence »[2042] et, dans la loi, aux articles 1465 et 1448 du Code de procédure civile, pose la règle de priorité donnée à l'arbitre pour se prononcer sur le principe, la portée et les limites de son pouvoir juridictionnel (sous le contrôle de juge de l'annulation) et donc sur la validité de la convention d'arbitrage sur laquelle ce pouvoir repose. L'idée, y compris sous le règne de l'ancien article 1458, était d'éviter les manœuvres dilatoires et d'empêcher un plaideur de paralyser un arbitrage en invoquant, devant le juge étatique, la nullité (ou l'inexistence) d'une convention d'arbitrage et ainsi l'incompétence de l'arbitre. Mais la puissance de la règle, encore et souvent présentée en droit comparé simplement « positivement » comme affirmant la compétence de l'arbitre (à l'article 1465 du Code de procédure civile), est en fait et d'abord négative puisqu'elle exclut par principe la compétence du juge étatique[2043], *sauf* exception constituée par la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage. Cette exception se justifie aussi pour éviter l'écueil inverse : il serait en effet absurde qu'un plaideur puisse invoquer n'importe quelle clause compromissoire, même sans aucun lien avec le litige, pour faire échec à une action judiciaire[2044].

524. – Une exception étroitement limitée. L'effet négatif du principe compétence-compétence ne souffre d'exception, étroitement interprétée par la Cour de cassation[2045], que dans le cas où le doute s'immisce trop fondamentalement, c'est-à-dire « manifestement », dans l'appréciation de la validité ou de l'existence clause compromissoire[2046]. Dans ce cas, le juge peut reprendre son emprise afin d'éviter le recours inutile à l'arbitrage pour débattre de la validité de la clause compromissoire. Le caractère manifeste de l'inapplicabilité de la clause compromissoire doit donc être évident et indiscutable, constaté *prima facie*, sans avoir à opérer un examen au fond, comme le ferait un juge de l'évidence[2047]. Une seconde condition s'ajoute pour que le tribunal étatique puisse retenir sa compétence, celle de l'inexistence d'un recours préalable devant le tribunal arbitral. Les deux conditions sont cumulatives[2048].

525. – Limites du contrôle exercé par les juges étatiques. La Cour de cassation interdit aux juges du fond « de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage ». Seul est autorisé un premier examen, superficiel, de la clause compromissoire. Ainsi, la jurisprudence a consacré l'opinion doctrinale selon laquelle « lorsque le tribunal arbitral n'est pas saisi, le juge étatique doit également renoncer à connaître du litige, sauf si la convention est "manifestement nulle", ce qui correspond à un contrôle *prima facie* de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage »[2049]. On saisit ici que la faveur à l'arbitrage se manifeste de manière

---

[2042]Cass. 1re civ., 16 oct. 2001 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 254 ; *Rev. arb.* 2002, p. 920, note D. Cohen. – Cass. 2e civ., 8 avr. 2004, *Sté Financière Granulats* c/ *Callet : Rev. arb.* 2004, p. 849.

[2043]D'abord posée par la jurisprudence (Cass. 1re civ., 26 juin 2001, *ABS : Rev. arb.* 2001, p. 531, note E. Gaillard), puis par la loi (CPC, art. 1448).

[2044]E. Loquin, *Arbitrage : JCl. Procédure civile*, Fasc. 1034, mise à jour le 24 févr. 2016, § 104.

[2045]E. Loquin, *Arbitrage*, préc., § 105.

[2046]E. Loquin, *De l'effet négatif du principe compétence-compétence : RTD com.* 2002, p. 49. – O. Cachard, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2006, p. 893 à 908.

[2047]Cass. 1re civ., 7 juin 2006, préc. – CA Toulouse, 8 janv. 2020, n° 18/01609, *Airbus*.

[2048]A. Bailly et X. Haranger, *Un nouvel exemple de la nature exceptionnelle du caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité d'une clause d'arbitrage : Rev. Lamy dr. aff.* 20 nov. 2016, n° 1, p. 28. – M. Boucaron-Nardetto, *Retour sur les critères de contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2016, p. 853 ; du même auteur : *Exception d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : nouvelle illustration : AJC* 2016, p. 245.

[2049]Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 672, p. 422.

évidente : si le juge pouvait, en effet, observer plus avant la clause compromissoire, il en résulterait, quelle que le soit la solution finale étatique, même favorable à l'arbitrage, un retard tel, éventuellement dilatoire, que le recours à l'arbitrage en serait finalement réduit à néant. Cette question est donc absolument essentielle dans un système processuel visant à promouvoir l'institution arbitrale. En effet, la Cour de cassation affirme que « la combinaison du principe de validité de la clause compromissoire et du principe compétence-compétence interdit par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité, dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste »[2050]. Il s'avère que les juridictions sont donc réticentes à admettre facilement l'argument de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause. Ainsi, par exemple, la Haute juridiction a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui a procédé à une analyse du champ d'application de la clause compromissoire, ce qui va au-delà du contrôle strictement superficiel[2051]. On relève encore la cassation d'une interprétation, rendue nécessaire par le juge d'appui, de certaines stipulations de la clause pour constater sa nullité manifeste dès lors qu'elle méconnaîtrait le principe compétence-compétence[2052]. Ainsi, dès l'instant qu'un accord des parties est constaté sur le principe de l'arbitrage, la convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle, alors même qu'il existe un désaccord sur l'institution prévue pour organiser l'arbitrage[2053]. Par application de l'article 1448, alinéa 2 du Code de procédure civile, ce contrôle ne doit pas être exercé d'office.

526. – Critères et seuil du contrôle. À partir de quel instant peut-on dire que la nullité ou l'inapplicabilité affectant la clause est ou devient manifeste ? Existe-t-il une grille d'analyse des différentes clauses compromissoires ? Sans doute non. Toutefois, même s'ils ont plus « le vent en poupe »[2054] aujourd'hui, les cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage restent peu nombreux et sanctionnés en jurisprudence car le seuil d'exigence est tel qu'il demande que ces cas de nullité ou d'inapplicabilité « sautent aux yeux »[2055] : dès lors que le juge d'appui est contraint de procéder à un « examen substantiel et approfondi »[2056] des faits ou de la relation contractuelle litigieuse, il n'est déjà plus dans le contrôle manifeste. Ainsi, outre quelques hypothèses spécifiques (V. *infra*, n° 528), ces cas, encore exceptionnels, incluent une clause insérée dans un contrat conclu à l'évidence à raison d'une activité non professionnelle ou dans un contrat de travail[2057]. L'autre cas d'absence « manifeste » est celui de l'absence de volonté. L'absence, que l'on pourrait qualifier de pure et simple, de clause compromissoire (donc l'absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage) a été retenue en présence de conditions générales – ou de contrats successifs ou

---

[2050]Cass. 1re civ., 7 juin 2006, préc.
[2051]Cass. 1re civ., 25 avr. 2006, *Sté DMN Machinefabriek BV* c/ *Sté Tripette et Renaud : Rev. arb.* 2008, p. 299, note L. Kiffer.
[2052]Cass. 1re civ., 7 juin 2006, *Prodim* c/ *Daso : Rev. arb.* 2006, p. 545, obs. J. Rouche.
[2053]*JCl. Procédure civile*, Fasc. 1020, § 73, *Compromis et clause compromissoire – Conventions d'arbitrage*, par E. Loquin.
[2054]X. Delpech, obs. ss Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 : *Dalloz actualité*, 11 mai 2017.
[2055]X. Delpech, obs. ss Cass. 1re civ., 21 sept. 2017, n° 15-28.941 : *Dalloz actualité*, 7 oct. 2016.
[2056]Cass. 1re civ., 21 sept. 2017, n° 15-28.941, préc.
[2057]E. Loquin, *op. cit.*, § 66.

divergents[2058] – et d'un conflit irréconciliable avec une clause attributive de juridiction parallèlement stipulée et amenée à supplanter, *prima facie*, une clause compromissoire[2059]. L'inapplicabilité manifeste a également été retenue lorsque la clause compromissoire est invoquée contre un « tiers » (dont la volonté manifeste ne ressortait pas) : en vertu de l'effet relatif des contrats, il est manifeste que la clause compromissoire ne produit pas d'effet obligatoire vis-à-vis d'un tiers[2060].

Section 2

Les voies de recours ouvertes contre la décision du juge étatique en matière de nullité manifeste

527. – Ex-contredit, appel dérogatoire, recours pour excès de pouvoir et cassation. La jurisprudence[2061] admettait la recevabilité du contredit contre la décision du juge étatique qui se reconnaît compétent malgré la convention d'arbitrage ou qui se déclare compétent en raison de la clause. On ne reviendra pas ici sur le débat qui a animé tant la doctrine[2062] que la jurisprudence[2063], sur la voie du contredit de compétence concernant la décision du juge d'appui en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1460), puisqu'une telle décision implique aussi la notion de nullité ou d'inapplicabilité manifeste (CPC, art. 1455), telle que définie à l'article 1448 du Code de procédure civile[2064], sachant que le débat est aujourd'hui

---

[2058] Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, *Champion* c/ *Recape : Rev. arb.* 2006, p. 945, note F.-X. Train.

[2059] Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, *Sté Bureau Véritas : Bull. civ.* 2004, I, n° 112 ; *JDI* 2005, p. 349, note O. Cachard ; *JCP* E 2004,1973, note J. Béguin ; *Rev. arb.* 2004, p. 851 ; *RTD com.* 2005, p. 486, note E. Loquin. – Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, *Sté pt Andhika Lines* c/ *Sté Axa Corporate : Bull. civ.* 2006, I, n° 366 ; *D.* 2006, 2273 ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 128, note F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; *JCP* G 2006, I, 187, n° 10, obs. C. Seraglini ; *DMF* 2007, p. 398, obs. P. Bonassies. – Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.395, *RSCC* c/ *Orion et HFC : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372q6, p. 30, obs. D. Bensaude.

[2060] Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, préc. ; V. plus généralement à ce sujet, *infra*, n° 556 ; V. aussi *infra*, n° 528.

[2061] Paris, 19 janv. 1974 : *Rev. arb.* 1976, p. 117. – Paris, 28 sept. 2000 : *Rev. arb.* 2002, 427 (1re esp.), note Ph. Fouchard.

[2062] V. à ce sujet, E. Loquin, *Arbitrage : JCl. Procédure civile*, *op. cit.*, n° 109.

[2063] V. not. : CA Paris, 10 févr. 1960 : *Rev. arb.* 1960, p. 99. – CA Paris, 3 juill. 1961 : *D.* 1961, p. 693. – CA Paris, 12 juin 1962 : *D.* 1963, p. 24, note Giverdon.

[2064] Sous l'empire du décret du 12 mai 1981, la jurisprudence (V. Cass. 1re civ., 9 févr. 2011, n° 09-71.416) exigeait, par analogie avec l'article 1457, alinéa 2 ancien (devenu art. 1460) du Code de procédure civile, le contredit de compétence comme condition de recevabilité de l'appel-nullité. Même si ce texte (art. 1460) prévoit (al. 2) que le juge d'appui instruit et juge « selon la procédure accélérée au fond » (et non plus « comme en matière de référé », depuis la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019) et que son ordonnance est insusceptible de recours, l'appel-nullité par voie de recours pour excès de pouvoir est toujours resté ouvert sous les décrets de 1981 (Cass. 1re civ., 7 mars 2000 : *Rev. arb.* 2000, 447. – Cass. 2e civ., 30 avr. 2002 : *Rev. arb.* 2002, 719. – Cass. com., 23 janv. 2007 : *Rev. arb.* 2007, 284) comme de 2011 (Cass. 1re civ., 13 déc. 2017 : *Dalloz actualité*, 16 janv. 2018, obs. X. Delpech ; *D.* 2018, 18 ; *ibid.*, p. 2448, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2019, p. 39, obs. E. Loquin ; *Cah. arb.* 2017, 701, note H. Barbier ; *Procédures* 2018, n° 2, p. 18, obs. L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 11, p. 21, obs. D. Bensaude ; *Rev. arb.* 2018, p. 370, note V. Chantebout ; *JDI* 2019, 627, note K. Mehtiyeva. – CA Paris, 26 févr. 2020, n° 19/22834 : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques).

quelque peu dépassé par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, qui a supprimé le contredit[2065] et que l'appel-nullité fondé sur le recours pour excès de pouvoir reste en tout état de cause ouvert.

Comme ces décisions ne concernent pas des questions de fond, elles ne sont pas, en principe, susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation, en dehors des cas spécifiés par la loi. Mais l'existence d'une convention d'arbitrage étant en jeu, elles portent sur la compétence et relèvent à ce titre de l'excès de pouvoir qui est toujours recevable en cassation[2066].

Encart 19

Cas concrets relatifs au caractère manifestement nul ou inapplicable de la clause compromissoire : où mettre le curseur ?

528. – Cas minoritaires ayant retenu la nullité ou l'inapplicabilité manifestes.

• Lorsqu'il était évident que la volonté des parties était d'exclure du champ de la clause compromissoire invoquée le contrat litigieux[2067], c'est-à-dire en **l'absence pure et simple de la clause compromissoire**[2068], comme dans le cas d'une clause compromissoire insérée dans un contrat « sans lien » avec celui pour lequel on allègue l'inapplicabilité manifeste[2069], ou une clause à laquelle on aurait **renoncé** de manière non équivoque[2070], ou si **pathologique** et affectée d'une telle contradiction qu'elle empêche sa mise en œuvre[2071] ou encore qui **émancipe un tribunal arbitral de toute règle procédurale** et stipule expressément que « les

---

[2065]L'ordonnance aux termes de laquelle le juge se prononce sur la compétence, sans aborder le fond du litige, n'est plus susceptible d'un contredit mais d'un appel en vertu des articles 80 et suivants du Code de procédure civile (avec un délai d'appel de quinze jours à compter de la notification par LRAR faite par le greffe).

[2066]Cass. 1re civ., 8 nov. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 402 ; *D.* 2005, inf. rap. 2896 ; *RTD civ.* 2006, p. 143, obs. Théry.

[2067]Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, *Supermarché Champion France* c/ *Recape : Bull. civ.* 2006, I, n° 337 ; *Rev. arb.* 2006, p. 945, note F.-X. Train ; *JCP* G 2006, I, 187, § 10, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2006, pan. 3029, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; *BRDA* 2006, n° 19, p. 9 ; *D.* 2006, inf. rap. p. 2127 ; *JCP* G 2006, IV, 2673.

[2068]Par ex. dans le cas où l'existence même de la clause compromissoire invoquée n'était pas établie par les documents contractuels produits : Cass. 1re civ., 6 nov. 2013, n° 11-18.709 : *Dalloz actualité*, 18 nov. 2013, obs. X. Delpech ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2014, p. 113, obs. H. Barbier ; *JCP* G 2013, p. 2408, obs. Ch. Seraglini ; *Procédures* 2014, n° 10, note L. Weiller ; V. en ce sens : O. Cachard, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, préc., § 8 ; V. aussi : Paris, 13 nov. 2020, n° 20/10471, *Atos*, où la clause est considérée comme manifestement inapplicable au motif qu'« aucune partie ne propose de traduction exhaustive bien qu'elle soit en langue anglaise » et qu'elle « est rédigée de telle manière qu'elle est manifestement inapplicable ».

[2069]Cass. 1re civ., 9 juill. 2014 : *Bull. civ.* 2014, I, n° 126 ; *D.* 2014, act. p. 159 ; *Procédures* 2014, n° 298, note L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 22 nov. 2014, p. 15, note D. Bensaude.

[2070]Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 : *Dalloz actualité*, 11 mai 2017, obs. X. Delpech.

[2071]Aix-en-Provence, 23 févr. 2006, *Sté UOP NV* c/ *SA BP France*, en somm. in *Rev. arb.* 2006, p. 479.

arbitres ne seront soumis à aucune règle ni aucun délai prévus dans le Code de procédure civile »[2072].

• En présence de **contrats liés** – successifs ou contemporains, mais le plus souvent disséminés en conditions générales et autres contrats plus particuliers, ou en contrats de partenariat et de cession[2073] – et contenant des clauses juridictionnelles **incompatibles**, notamment une clause compromissoire inconciliable avec une clause attributive de juridiction[2074].

• En vertu, au moins implicitement, du principe de **l'effet relatif du contrat**, lorsqu'une clause compromissoire existe bien, mais qu'elle doit être circonscrite aux « parties aux présentes », sachant que la seule connaissance de la clause est insuffisante à la rendre opposable aux tiers (sauf à ce qu'ils viennent aux droits du signataire de la clause ou justifient de liens contractuels indirects avec le contrat d'origine)[2075], ou encore lorsqu'il est manifeste que les parties ont *voulu* distinguer les contrats liés par des clauses différentes[2076].

• En matière de **procédure collective**[2077], dans le cas d'un liquidateur judiciaire qui demande à titre principal la nullité d'un acte (sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce) et exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers[2078] ou lorsque la clause insérée dans un contrat liant un débiteur failli à son franchiseur, qui est opposable au commissaire à l'exécution du plan lorsqu'il exerce les droits et actions du débiteur lui-même, mais qui ne lui est pas opposable lorsqu'il agit au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[2079].

[2072]Caen, 2 mai 2002, n° 01/03360, *GE*.

[2073]Cass. 1re civ., 12 févr. 2014, n° 13-18.059, inédit.

[2074]Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, *Sté Bureau Véritas : Bull. civ.* 2004, I, n° 112 ; *JDI* 2005, p. 349, note O. Cachard ; *JCP* E 2004,1973, note J. Béguin ; *Rev. arb.* 2004, p. 851 ; *RTD com.* 2005, p. 486, note E. Loquin. – Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, *Sté pt Andhika Lines* c/ *Sté Axa Corporate : Bull. civ.* 2006, I, n° 366 ; *D.* 2006, 2273 ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 128, note F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; *JCP* G 2006, I, 187, n° 10, obs. Ch. Seraglini ; *DMF* 2007, p. 398, obs. P. Bonassies. – Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, *Champion* c/ *Récape*, préc. – Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 03-19.838 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 368 ; *Rev. arb.* 2006, p. 979. – Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.395, *RSCC* c/ *Orion et HFC : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372q6, p. 30, obs. D. Bensaude ; V. toutefois : Cass. 2e civ., 18 déc. 2003 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 393 ; *D.* 2004, inf. rap. 321 ; *RTD com.* 2004, p. 257, obs. E. Loquin ; *JCP* G 2004, III, 10075, note Noblot ; *JCP* G 2004, I, 179, n° 2, obs. J. Béguin.

[2075]CA Paris, 14 oct. 2019, n° 19/01346, *M. Z* c/ *Iota, Baferton Trading : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372q5, p. 30, obs. D. Bensaude.

[2076]Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, *Récape*, préc. ; cas à distinguer de l'hypothèse où il est simplement invoqué le fait que la personne n'a pas signé le contrat contenant la clause qui lui est opposée (V. not. *infra*, nos 559 et 606.

[2077]V. *supra*, n° 365.

[2078]Cass. com., 17 nov. 2015, *Sté Carrefour proximité France* c/ *Sté Perin Borkowiak : Rev. arb.* 2016, p. 798, note M. de Fontmichel ; *Rev. sociétés* 2016, p. 198, obs. P. Roussel Galle ; *RTD com.* 2016, p. 334, obs. A. Martin-Serf ; *ibid.*, p. 696, obs. E. Loquin ; *Cah. arb.* 2016, p. 49, note H. Barbier ; V. aussi : Cass. com., 14 janv. 2004 : *Bull. civ.* 2004, IV, n° 1 ; *D.* 2004, act. jurispr. 178, obs. A. Lienhard ; *Rev. arb.* 2004, p. 592, note P. Ancel ; *JCP* G 2004, I, 119, n° 1, obs. J. Béguin ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 77, obs. Fricero ; il en va ainsi autrement quand le liquidateur exerce les droits et actions de la société en liquidation et où la clause n'est pas manifestement inapplicable : Cass. 1re civ., 1er avr. 2015, n° 14-14.552, *Torelli* c/ *StévGFC Construction : Dalloz actualité*, 21 avr. 2015, obs. X. Delpech ; *D.* 2015, 800 ; *ibid.* p. 2588, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2015, p. 614, obs. H. Barbier ; *Cah. arb.* 2015, p. 303, note A. Sarah ; *Procédures* 2015, n° 6, p. 21, obs. L. Weiller ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2015, n° 127, p. 17, obs. M. Desolneux ; *JCP* G 2015, p. 1152, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2015, p. 1171, note L. Weiller. – Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-21.810, *MJA : Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan Marques.

[2079]Cass. com., 13 juin 2006, *Prodim* c/ *Gemodis : JCP* G 2006, I, 187, § 10, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2006, p. 955 ;

• En présence d'une action « légale » du ministre de l'Économie (visée à l'article 442-6 du Code de commerce, lequel réserve audit ministre, en droit de la distribution, la faculté de saisir le juge étatique pour faire cesser des pratiques illicites ou les sanctionner) qui rend le litige sous-jacent **inarbitrable**[2080] et relève de la **compétence exclusive du juge français**[2081]**.**

529. – Rejet de la nullité ou de l'inapplicabilité manifestes, entre autres hypothèses, dans les cas suivants.

• Lorsque la clause compromissoire est opposée à une personne qui n'a pas signé le contrat qui la contient, l'absence de signature du « tiers » n'étant pas *per se* un élément établissant l'inapplicabilité manifeste[2082], puisqu'il peut y avoir adhéré[2083], être impliqué ou concerné par le litige contractuel[2084] ou se voir transmettre la clause[2085], y compris dans le cadre de l'exercice d'une action directe exercée par une victime contre des assureurs[2086].

• L'indivisibilité entre le contrat contenant la clause compromissoire et celui n'en contenant pas et pour lequel il est allégué que la clause est manifestement inapplicable[2087], pas plus que la notion de bonne administration de la justice, tirée de cette indivisibilité[2088].

• Lorsque l'on oppose un simple risque de contrariété de décisions[2089], ou l'autorité de la chose jugée d'une transaction qui aurait éteint le litige arbitral[2090].

• Lorsque la portée *ratione materiae* de la clause est en cause, notamment si elle fixe des limites à l'étendue de la compétence du tribunal arbitral[2091], ou au contraire est si générale que se pose la question de savoir si elle englobe

---

BRDA 2006, n° 17, p. 6.

[2080]La question se posera de savoir si, et quand, notamment depuis la jurisprudence *PWC* (V. *supra*, n° 319, la clause insérée dans un contrat de consommation pourra être jugée manifestement inapplicable au consommateur, au même titre qu'elle le serait vis-à-vis du salarié (Cass. soc., 30 nov. 2011 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 277 ; V. *supra*, n° 330.

[2081]Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811 : *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, n° 40, p. 34, note D. Bensaude, chron. ; *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. X. Delpech.

[2082]Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 03-10.409, *Sté pt Andhika Lines* c/ *Sté Axa Corporate : Bull. civ.* 2006, I, n° 307, p. 324 ; *DMF* 2007, p. 398, note P. Bonassies.

[2083]CA Paris, 17 juin 2016, n° 14/24454 : *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, n° 40, p. 35, note D. Bensaude.

[2084]Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-26.809, *Aello et a.* c/ *DEL et Multifija : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372r5, p. 35, obs. D. Bensaude.

[2085]Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 04-16.204 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 91 ; *D.* 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; *JCP* G 2007, I, 168, obs. Ch. Seraglini.

[2086]Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 17-28.951, F-D : *Dalloz actualité*, 28 févr. 2019, obs. V. Chantebout.

[2087]Cass. 1re civ., 12 févr. 2014, n° 13-18.059 ; V. toutefois : Cass. 1re civ., 8 déc. 2009, *Prodim : LPA* 11 oct. 201, n° 202, note R. Irra de la Cruz.

[2088]CA Paris, ch. 5-8, 19 nov. 2019, n° 18/03886, *Novacap et Novacarb* c/ *Rhodia Chimie : Gaz. Pal.* 10 mars 2020, n° 372r8, p. 36, obs. D. Bensaude.

[2089]Cass. 1re civ., 17 janv. 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 9.

[2090]Cass. 1re civ., 24 juin 2015, n° 14-17.547. – Cass. 1re civ., 9 juill. 2014, préc.

[2091]Cass. 1re civ., 12 déc. 2007 : *Rev. arb.* 2008, p. 677, note O. Cachard. – Cass. 1re civ., 29 janv. 2014 : *Procédures* 2014, n° 145, note L. Weiller. – Cass. 1re civ., 9 juill. 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 677, note O. Cachard. – Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521, *FC Sochaux* c/ *FIFA : Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. X. Delpech.

des litiges qui ne sont pas expressément visés par l'objet du contrat qui la contient ou s'y réfère[2092], ou qui seraient de nature délictuelle[2093].

• L'argument selon lequel des dispositions d'ordre public seraient applicables au fond du litige, quand bien même il s'agirait d'une loi de police, n'est pas opérant sur la caractérisation « manifeste »[2094].

• Si la convention désigne de façon impérative deux institutions arbitrales ou si un arbitre désigné a refusé sa mission, cela n'est pas suffisant pour qu'un caractère manifestement nul soit constaté[2095].

• L'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de faire face au coût de la procédure arbitrale est également insuffisante[2096].

• Lorsque l'acte litigieux est qualifié de commercial et entre dans les provisions de l'article L. 721-3, 3° du Code de commerce[2097].

530. – Le caractère encore exceptionnel des cas de sanction, par la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la clause compromissoire, est à la mesure de la force du principe de compétence-compétence, entièrement tourné vers l'efficacité de l'arbitrage. Ce libéralisme ressort aussi des conditions de validité et de fond – comme l'inarbitrabilité dont le champ, notamment en droit interne, s'est constamment restreint au fil des décennies – ou des conditions de forme – comme le démontrent les cas spécifiques des clauses blanches en droit interne, désormais validées, ou de la convention d'arbitrage international qui n'est plus soumise à aucune condition de forme. De ce point de vue, on peut dire que la convention d'arbitrage symbolise au mieux la théorie juridique française du consensualisme, apuré d'exigences qui heurterait l'effectivité pleine et entière de la volonté des parties de recours à l'arbitrage.

Si l'efficacité est la marque du régime applicable aux conditions de fond comme de forme de la convention d'arbitrage, elle l'est encore davantage, et par définition, lorsqu'il s'agit de la mettre en œuvre.

[2092]Cass. 1re civ., 8 nov. 2005 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 402 ; *RTD civ.* 2008, p. 143, obs. Théry. – Cass. 1re civ., 12 déc. 2007, préc. – Cass. 1re civ., 29 janv. 2014 : *Procédures* 2014, n° 146, note L. Weiller. – Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521 : *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, n° 40, p. 35, note D. Bensaude, chron.

[2093]Cass. 1re civ., 8 nov. 2005, préc. – Cass. 1re civ., 6 nov. 2013 : *D.* 2013, p. 2936 ; v. *infra*, nos 602 et 606.

[2094]Cass. 1re civ., 8 juill. 2010 : *Rev. arb.* 2010, 513, note R. Dupeyré ; *D.* 2010, pan. 2933, obs. Clay.

[2095]Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 734, obs. X. Delpech.

[2096]Cass. 1re civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389, FS-P+B : *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. X. Delpech.

[2097]Cass. 1re civ., 22 oct. 2014 : *Rev. arb.* 2016, p. 853.

Les effets de la convention d’arbitrage

Les conséquences procédurales de la convention d'arbitrage : le principe compétence-compétence

531. – Étymologie. Le principe « compétence-compétence » est qualifié de « pivot de l'autonomie de l'arbitrage par rapport à la justice étatique »[2098] en ce qu'il rassemble les techniques permettant aux arbitres, compétents sur le fondement d'une clause compromissoire, ne pas être contournés par une action engagée devant le juge étatique que celui-ci pourrait, alors recevoir : interdire ce contournement est, évidemment, un point clé de l'efficacité de l'institution arbitrale. Ces termes ne sont pourtant guère signifiants par eux-mêmes. Le principe de compétence-compétence a pour origine un terme allemand, *Kompetenz-Kompetenz*, francisé par un auteur constitutionnaliste suisse en 1886[2099]. Cependant, si les termes sont proches ils ne désignent pas la même réalité : on distingue en effet le principe compétence-compétence français, « relatif »[2100] où les arbitres ne statuent sur leur compétence que sous le contrôle des juridictions étatiques chargées de connaître la validité de la sentence, de la *Kompetenz-Kompetenz* allemande qui offre la possibilité pour les juges judiciaires de statuer en premier et dernier ressort sur leur propre compétence sans l'intervention d'autorité extérieure, notamment administrative[2101]. L'origine de cette expression a pu d'autant plus porter à confusion que le droit allemand ne reconnaissait pas expressément le principe de *Kompetenz-Kompetenz* en matière d'arbitrage au sens français avant la réforme du droit allemand de l'arbitrage de 1997 (ZPO, § 1040). Par ailleurs le « principe » compétence-compétence se présente moins comme un « principe » que comme un ensemble de règles juridiques. La notion de « compétence-compétence » se retrouve aussi en droit international public et désigne le « pouvoir dont disposent les juridictions, dans les limites statutaires, de trancher une contestation sur leur propre compétence »[2102].

[2098] Th. Clay : *D.* 2010, chron. p. 2933 ; V. J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence : Rev. arb.* 2011, 729, spéc. p. 733.

[2099] E. de Borel, *Étude sur la souveraineté de l'État fédératif*, Berne, Impres. Staempfli, 1886, p. 34.

[2100] J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 407, n° 457.

[2101] M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, préf. J.-B. Racine, 2013, p. 9.

[2102] *Compétence-compétence*, *in* J. Salmon (ss dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

532. – Admission dans les conventions internationales. La Convention de Genève du 21 avril 1961 reconnaissait l'effet négatif du principe compétence-compétence à l'article VI, § 3 et l'aspect positif à l'article V, § 3. De même l'article II(3) de la Convention de New York autorise le tribunal d'un État contractant à apprécier la compétence arbitrale afin de déterminer s'il renvoie le litige dont il est saisi devant les arbitres. L'effet positif du principe de compétence-compétence est admis par la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965 (art. 41).

533. – Priorité donnée au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence. Le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence (effet positif) et de le faire de manière prioritaire (effet négatif). Ainsi, la définition donnée par la Cour de cassation du principe compétence-compétence est la suivante : la compétence-compétence est le principe « selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage »[2103]. La possibilité pour l'arbitre de statuer sur sa compétence de manière prioritaire est la traduction d'une vraie faveur à l'arbitrage étant donné que le juge n'exerce sa compétence qu'au moment des possibles recours exercés contre la sentence ou contre l'ordonnance d'exequatur. C'est en ce sens que la clause d'arbitrage a pu parfois primer sur la clause attributive de juridiction contenue dans le même contrat[2104].

534. – Les deux faces d'une même pièce. En droit français de l'arbitrage, interne ou international, le principe compétence-compétence se décline sous deux aspects. Le droit français a, en effet, attaché deux effets liés à la force obligatoire de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire son effet positif : les parties se sont engagées à saisir un tribunal arbitral et celui-ci statue sur sa propre compétence (CPC, art. 1465). Par ailleurs le juge étatique doit décliner sa compétence en présence d'une clause d'arbitrage, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et que la clause n'est pas manifestement nulle ou inapplicable (CPC, art. 1448), représentant l'effet négatif du principe compétence-compétence.

535. – Distinction entre principe compétence-compétence et recevabilité. L'appréciation de la recevabilité de l'action se distingue de l'appréciation de la compétence du juge. Pour que le juge puisse statuer sur une fin de non-recevoir, il doit avant tout être compétent. En droit de l'arbitrage, le juge dispose d'un pouvoir juridictionnel qui lui permet de statuer sur sa propre compétence (effet positif du principe compétence-compétence) ainsi que sur la recevabilité des demandes dont il est

---

[2103] Cass. com., 23 avr. 2013 : *RTD civ.* 2013, p. 605, note H. Barbier.

[2104] Cass. 2e civ., 18 déc. 2003 : *Gaz. Pal.* 22 mai 2004, n° 143, p. 20 : « la cour d'appel qui, pour écarter la clause d'arbitrage contenue dans un contrat, se borne à relever la contradiction existant entre cette clause et une clause attributive de compétence figurant au même acte pour en conclure que la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'est pas établie, sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ». Sur la conciliabilité de la clause d'arbitrage avec d'autres clauses contenues dans différents contrats de la même opération, V. CA Paris, 12 nov. 2019, n° 17/11962, *Immosport*. – Cass. 1re civ., 24 juin 2020, n° 19-12.701, *Kem One*. – CA Aix-en-Provence, 15 oct. 2020, n° 17/11777, *SEGIP*. – CA Rennes, 20 oct. 2020, n° 20/00963, *Thermador*. – CA Paris, 30 oct. 2019, n° 18/27504 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Cass. 1re civ., 6 nov. 2019, n° 18-10.395 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; même si la jurisprudence semble retenir plus souvent l'existence d'un conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même ensemble contractuel comme établissant une inapplicabilité manifeste ; V. *supra*, n° 528.

saisi. Si le contrôle de la sentence rendue, par le juge étatique à l'occasion d'un recours en annulation, peut porter sur la compétence arbitrale, il ne peut contrôler l'appréciation faite par les arbitres de la recevabilité de la demande. C'est la conclusion de l'arrêt *Marriott* du 18 mars 2015[2105] qui a rappelé la distinction, au niveau des voies de recours contre la sentence, entre les questions ayant trait à la compétence et celles se rapportant à la recevabilité. La distinction est fondamentale car les décisions relatives à la recevabilité « ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle, car protégées par le principe de non-révision des sentences arbitrales »[2106]. Ainsi, l'effet positif du principe compétence-compétence (Section 1) sera examiné en premier, avant d'aborder son effet négatif (Section 2).

Section 1

Effet positif du principe compétence-compétence

§ 1. – Le contenu de l'effet positif du principe compétence-compétence

A. – L'admission de l'effet positif

536. – L'admission de l'effet positif du principe compétence-compétence. La jurisprudence française a très tôt reconnu l'effet positif du principe compétence-compétence[2107]. Depuis la réforme de 1980 (CPC, ancien art. 1466) et celle de 2011, la règle est explicitement consacrée. Ainsi, selon l'article 1465 du Code de procédure civile : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Cet effet se retrouve dans presque toutes les lois nationales sur l'arbitrage et il est consacré par la loi type de la CNUDCI à son article 16, § 3.

537. – Admission de l'effet positif du principe compétence-compétence dans les règlements d'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la CCI tel que révisé en 2021 (art. 6), le règlement CNUDCI de 2013 (art. 23), le règlement LCIA de 2020 (art. 23.1), de l'*American Arbitration Association* (art. 7.a) reconnaissent tous l'effet positif du principe compétence-compétence.

538. – Admission de l'effet positif du principe compétence-compétence en droit comparé. La plupart des lois nationales reconnaissent l'effet positif du principe compétence-compétence en droit international. On peut citer la loi de droit international privé suisse (art. 186), le Code juridique belge (art. 1690), le Code de procédure civile

---

[2105] Cass. 1re civ., 18 mars 2015, *Marriott* c/ *Jnah : D.* 2015, p. 2588, obs. Th. Clay ; sur cet arrêt, V. aussi : S. Bollée, *Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans l'arbitrage : Cah. arb.* 1er déc. 2015, n° 4, p. 803 ; sur d'autres illustrations de la distinction entre compétence et recevabilité, V. *infra*, n° 1560.

[2106] E. Loquin, *La distinction entre l'exception de compétence et l'irrecevabilité d'une demande d'arbitrage : RTD com.* 2016, p. 708.

[2107] Cass. req., 28 juill. 1818 : *Journal du Palais* 1818, 947.

néerlandais (art. 1052), le Code de l'arbitrage tunisien (art. 61), le Code de procédure civile algérien (art. 458, bis 7).

En droit de l'Union européenne, toutefois, on relèvera que la Convention de Bruxelles ne s'applique pas aux procédures arbitrales. Dans l'arrêt *March Rich* du 25 juillet 1991[2108], la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi a jugé que la Convention de Bruxelles n'était pas applicable à la détermination de la compétence du juge qui doit désigner l'arbitre.

B. – La compétence exclusive du tribunal arbitral

539. – Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, l'arbitre dispose « de la plénitude de sa compétence »[2109] : il est « seul » compétent pour se prononcer sur propre compétence, conformément à l'article 1465 du Code de procédure civile et il ne doit vérifier sa propre compétence qu'au regard des dispositions de l'article 1448 du Code de procédure civile[2110]. Si le tribunal est déjà constitué, il peut ordonner « toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune » (CPC, art. 1468) et jugera, s'il retient sa compétence, du fond du litige.

Afin de mettre en œuvre l'effet positif du principe de compétence-compétence, différents mécanismes existent pour s'assurer que la convention d'arbitrage sera respectée. Des sanctions ne sont pas prévues par le Code de procédure civile en cas de refus d'une partie de participer à la procédure arbitrale ; cependant, de nombreux règlements d'arbitrage[2111] prévoient la poursuite de l'instance et cette solution prévaut en droit français[2112]. En cas de litige impliquant plusieurs parties dont seules certaines sont liées par une convention d'arbitrage, la compétence arbitrale prime[2113].

§ 2. – La sentence d'incompétence

540. – « La sentence d'incompétence ». L'effet positif du principe compétence-compétence fonde le pouvoir des arbitres de se déclarer compétents ou incompétents. Les cas où l'arbitre se déclare incompétent sont assez rares. Cependant, la « sentence d'incompétence », « oiseau rare »[2114] du droit de l'arbitrage, est une hypothèse à envisager et que l'on retrouve dans la sentence *Abela* puis dans les recours engagés contre celle-ci[2115].

[2108]CJCE, 25 juill. 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 677, note D. Hascher.

[2109]E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso-Joly éd., 2015, p. 213.

[2110]Cass. 1re civ., 17 mars 2021, n° 20-14.360 : *Procédures*, n° 5, mai 2021, comm. 137, obs. L. Weiller (inapplicabilité des textes relatifs à la litispendance).

[2111]V. par ex. Règl. CCI (2021), art. 23(3) qui prévoit, après approbation par la Cour de l'Acte de mission alors qu'une partie aurait refusé de le signer, que l'arbitrage se poursuit.

[2112]Paris, 7 févr. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 630, obs. J. Pellerin : « la sentence rendue par défaut n'est pas contraire à l'ordre public international si le défendeur a été dûment informé du déroulement de la procédure et n'a pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire représenter devant le tribunal arbitral étranger ». La solution s'applique aussi dans le cadre d'un arbitrage interne.

[2113]Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, *Sté Quarto Children's books : Rev. arb.* 2002, p. 919, obs. D. Cohen.

[2114]J.-B. Racine, *La sentence d'incompétence : Rev. arb.* 2010, n° 44, p. 730.

[2115]V. Paris, 22 mai 2008, *Abela : D.* 2008, 3117, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2008, p. 730.

Le terme « sentence d'incompétence »[2116] a suscité le débat du fait de la nature paradoxale de la formule : comment l'arbitre peut-il être compétent pour rendre une décision juridictionnelle d'incompétence qui le déclare non compétent pour rendre une sentence ? Un auteur a ainsi contesté cette qualification : « Sur le plan théorique, accorder une quelconque autorité à la déclaration d'incompétence faite par la personne désignée comme arbitre est une totale absurdité (…) elle n'exprime en fait qu'une opinion dénuée de toute autorité, et qui notamment ne saurait s'imposer à un tiers que les parties ou l'organisme d'arbitrage désigneraient par la suite comme nouvel arbitre »[2117].

Pourtant, on peut commencer par constater que, en droit comparé, elle ne suscite pas la même émotion et est expressément admise, par exemple en droit suisse (LDIP, art. 190, § 2 lit. b), ou encore en droit belge (Code judiciaire, art. 1697.3 *in fine*) : « Le tribunal de première instance peut, à la demande de l'une des parties, se prononcer sur le bien-fondé de la décision d'incompétence du tribunal arbitral », en droit anglais (*Arbitration Act* anglais, art. 67 « Recours contre la sentence pour défaut de compétence ») qui vise à son alinéa 1, b « toute sentence rendue par le tribunal arbitral sur sa compétence ».

La question s'est posée en droit français du fondement de cette possibilité pour l'arbitre de se déclarer incompétent. Pour l'un des auteurs qui a poussé le plus loin la réflexion autour de la compétence-compétence, le fondement de la compétence des arbitres pour prononcer une telle sentence d'incompétence ne se trouve ni dans la convention d'arbitrage, ni dans le contrat d'arbitre, mais bien dans ce principe lui-même : « En l'absence d'un tel principe, il s'agirait d'un acte impossible. Les arbitres ne pourraient en effet dans le même temps nier leur compétence dans le dispositif de la sentence et l'affirmer en établissant eux-mêmes une telle sentence. L'acte se trouverait contredit par son propre contenu »[2118]. En permettant aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence, la règle tirée de son effet positif leur assure ainsi la possibilité d'apprécier l'entièreté de leur compétence, y compris pour envisager leur incompétence, qui peut d'ailleurs être totale ou simplement partielle, à l'endroit d'une partie par exemple ou d'une demande.

541. – Divers cas d'incompétence peuvent d'ailleurs être soulevés : l'incompétence peut être déclarée par l'arbitre à titre de sanction en présence d'un cas de corruption comme dans une affaire CCI commentée[2119], en cas d'arbitrage complexe. Ce fut également le cas dans une autre sentence[2120] où il était question de l'application d'une clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal à un contrat accessoire. La question se pose également à l'endroit d'une partie, dans un arbitrage multipartite et en cas d'examen d'une possible extension de la clause compromissoire à un non-signataire, laquelle analyse aboutirait *in fine* à l'absence de participation à l'arbitrage. *Idem* à l'endroit d'une ou de certaines demandes formulées par les parties, soit parce qu'elles n'entreraient pas dans le champ de compétence défini par la convention d'arbitrage, soit face à un cas d'inarbitrabilité d'une de ces demandes.

[2116]Sur les types de sentences qu'un tribunal arbitral est susceptible de rendre, V. *infra*, n° 1395.

[2117]P. Mayer, *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence : RCADI* 1989, t. 217, n° 23, p. 353.

[2118]*Ibid.*, p. 387-388.

[2119]J.G. Wetter, *Issues of Corruption before International Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case n° 1110 : Arb. Int.* 1994, 277.

[2120]CCI n° 43992 de 1983 : *JDI* 1983, 907, obs. Y.D.

542. – Mise en œuvre de la sentence d'incompétence. L'arbitre peut statuer sur sa compétence dans une sentence partielle, autonome, ou résoudre le litige sur la compétence et celui sur le fond dans une même sentence. On retrouve cette configuration de manière très fréquente dans les arbitrages d'investissement[2121]. Il se peut aussi que l'arbitre se déclare partiellement incompétent. On retrouve cet exemple de sentence d'incompétence rendue dans le cas d'arbitrage complexe avec la sentence *Abela*[2122] où le tribunal arbitral avait reconnu sa compétence vis-à-vis des parties personnes morales et l'avait refusée vis-à-vis des parties personnes physiques.

543. – Transition. La reconnaissance de l'effet positif du principe de compétence-compétence, en France comme ailleurs, a été et reste, parallèlement à celle de l'autonomie de la clause compromissoire, une avancée incontestable dans l'autonomisation de l'arbitrage, afin qu'il soit pleinement et efficacement saisi du litige. Toutefois, comme l'autre face d'une même pièce, c'est la force de l'effet négatif qui place le tribunal arbitral, en droit français, dans une autre dimension, certainement plus puissante qu'ailleurs. Après l'affirmation « positive » du principe, qui agit comme une épée, la capacité de l'arbitre à se protéger par un bouclier « négatif », de par la loi et la jurisprudence, contre les contestations des parties, fournit à ce dernier la vraie plénitude de son pouvoir juridictionnel. C'est sans doute l'aspect le plus remarquable du principe.

Section 2

Effet négatif du principe compétence-compétence

§ 1. – Le principe de l'effet négatif du principe compétence-compétence

544. – Énoncé de l'effet négatif du principe compétence-compétence. Le principe de l'effet négatif de la règle compétence-compétence, théorisé par un auteur autorisé[2123], consiste à interdire au juge étatique de statuer sur la compétence du tribunal arbitral et surtout de se déclarer incompétent au profit du tribunal arbitral sauf si celui-ci n'a pas encore été saisi ou s'il considère, *prima facie*, la clause comme nulle ou manifestement inapplicable[2124]. Il s'agit d'une règle d'application générale qui s'applique à l'arbitrage interne ou international qui complète l'effet positif et qui rend cohérent celui-ci. Il ne servirait à rien, en effet, d'affirmer que le tribunal arbitral est compétent en vertu d'une convention d'arbitrage et qu'il est compétent pour apprécier sa propre compétence, si, en même temps, le juge étatique pouvait apprécier cette

---

[2121] V. par ex, *ABCI Investments N.V.* v. *Republic of Tunisia*, ICSID Case n° ARB/04/12.

[2122] Paris, 22 mai 2008, *Abela : D.* 2008, 3117, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2008, 730, note F.-X. Train.

[2123] E. Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 387.

[2124] Pour une récente application de ce principe, v. : Cass. 1re civ., 17 mars 2021, n° 20-14.360.

compétence ou, pire, se considérer comme valablement saisi par une partie, celle qui ne souhaite pas se soumettre à la clause compromissoire.

545. – Portée de l'effet négatif du principe compétence-compétence. L'effet négatif du principe compétence-compétence a une portée étendue étant donné que « tout juge civil y est tenu »[2125], le juge qui aurait été compétent en l'absence de clause compromissoire et tout juge spécialisé, comme le juge-commissaire qui doit faire application de l'effet négatif du principe compétence-compétence[2126] ou le juge d'appui qui doit se soumettre aux mêmes limites de vérification de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste (CPC, art. 1455). Cette règle induit de nombreuses conséquences dont la principale est que le juge doit se déclarer incompétent (CPC, art. 1448, al. 1), avec cette réserve toutefois que le juge étatique ne peut relever d'office son incompétence (CPC, art. 1448, al. 2). L'effet négatif du principe, bien ancré en jurisprudence depuis l'arrêt *ABS*, signifie donc que le juge saisi en contradiction avec la clause compromissoire *doit* – impératif qui était formulé à l'article 1458 ancien du Code de procédure civile bien que l'« interdiction » se retrouve expressément en jurisprudence[2127] – se déclarer incompétent, au profit du tribunal arbitral constitué ou à constituer : celui-ci doit être respecté, de telle manière que les juridictions étatiques devront se déclarer incompétentes lorsqu'un litige relève d'une convention d'arbitrage conclue entre les parties. Il en résulte aussi que la clause compromissoire comprend une obligation négative à la charge des parties : ne pas saisir un juge étatique en inexécution de la clause compromissoire. Ce ne sera que de manière exceptionnelle que les juges pourront y déroger. Les juridictions soulignent cette idée en faisant référence à « la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage »[2128] ; ou encore par la formule qui énonce que « seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est susceptible de faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence »[2129].

546. – Deux cas de figure. Deux cas sont donc envisageables quand se pose la question de la compétence du tribunal arbitral devant le juge étatique : le tribunal arbitral a déjà été saisi et le juge doit se déclarer incompétent, ou bien le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et le juge doit se déclarer incompétent sauf en cas de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention (CPC, art. 1448). Le tribunal est saisi quand celui-ci est définitivement constitué, c'est-à-dire quand les arbitres ont tous accepté leur mission[2130]. Dans le premier cas, l'arbitre a une compétence prioritaire, le juge doit renvoyer les parties devant le tribunal arbitral. De plus, si l'une

---

[2125] J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, p. 267, § 356. – B. Moreau, A. Beregoi, R. Descours-Karmitz, P. E. Mallet et A. Leleu, *Rép. proc. civ.* Dalloz, V° *Arbitrage en droit interne*, juin 2017, § 168 et s. ; concernant le non-respect du principe de compétence-compétence, V. CA Aix-en-Provence, 6 févr. 2020, n° 19/14154, *Airbus Helicopters*. – CA Paris, 5 févr. 2020, n° 19/11015, *Euro Disney*. – Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 19-15.728, *Matisa*. – CA Aix-en-Provence, 27 juin 2019, n° 17/02153. – CA Lyon, 12 juin 2019, n° 18/07247. – CA Paris, 12 juin 2019, n° 19/08056.

[2126] Cass. com., 2 juin 2004, *Sté Industry et a.* c/ *Sté Alstom Power Turbomachines*. V. E. Loquin, *De la coexistence d'une procédure d'arbitrage et de l'ouverture d'une procédure collective : RTD com.* 2004, comm. 439.

[2127] Cass. 1re civ., 7 juin 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre* c/ *American Bureau of Shipping et a. (ABS) : Rev. arb.* 2006, p. 945, note E. Gaillard.

[2128] Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 1011.

[2129] Cass. 1re civ., 26 juin 2001, préc.

[2130] V. *infra*, n° 856.

des parties veut soulever une objection à la compétence du tribunal arbitral, elle devra le faire devant ce dernier. Dans le second cas, quand le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge apprécie le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage.

547. – La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence. L'article 1448, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit que : « La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence ». Cette réserve peut sembler curieuse de prime abord, mais s'entend si l'on admet que la clause compromissoire crée un mécanisme volontaire de traitement arbitral d'un litige, de telle manière qu'une manifestation contraire est possible. Ainsi, si une partie saisit un juge étatique, malgré une clause compromissoire y compris en connaissance de cause, et que l'autre partie ne soulève pas l'exception d'incompétence du juge sur le fondement de l'article 1148, il en résulte que les parties ont renoncé à la mise en œuvre de la clause compromissoire, de manière expresse[2131] ou tacite peu importe. Reconnaître au juge étatique la faculté de soulever d'office son incompétence consisterait alors à lui permettre d'imposer l'exécution forcée de la clause compromissoire pour renvoyer les parties constituer un tribunal arbitral que, apparemment, elles n'ont pas ou plus entendu constituer.

L'incompétence du juge étatique entre dans la catégorie des exceptions de procédure qui doit être donc soulevée *in limine litis* par les parties[2132]. Dès lors, le seul élément de compétence résiduelle qui demeure pour le juge étatique est le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

548. – Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. La nullité et l'inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage sont interprétées strictement pas les tribunaux au terme d'« un contrôle *prima facie* de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage »[2133]. L'adjectif « manifeste » renvoie ainsi à l'idée d'« évidence », de « caractère sommaire du contrôle »[2134]. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation refuse la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause quand elle constate que les juges du fond ont dû, pour aboutir à la conclusion d'une telle nullité, analyser la situation juridique litigieuse. C'est ce qui a fait dire à certaines que la conception française de l'effet négatif du principe de compétence-compétence est « minimaliste »[2135]. La Cour de cassation dans un arrêt de février 2014[2136] a censuré l'arrêt d'appel qui était intervenu sur le fond, en affirmant qu'il « incombe seulement au juge étatique, qui retient que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable, de se déclarer incompétent ». De manière générale « le doute profite nécessairement à la compétence arbitrale pour apprécier l'applicabilité de la clause, qui perd son caractère manifeste »[2137].

[2131]Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *Bull.civ.* 2006, I, n° 283. – Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 17-28.233 : *Dalloz actualité*, 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *RJ com.* 2019, n° 1, p. 33, obs. B. Moreau ; V. *infra*, n° 666.

[2132]Cass. 2e civ., 22 nov. 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 371, note Ph. Théry.

[2133]V. *supra*, n° 524.

[2134]O. Cachard, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : Rev. arb.* 2006, p. 893, spéc. n° 14.

[2135]X. Delpech, obs. sur Cass. 1re civ., 12 févr. 2014 : *Dalloz actualité* 19 févr. 2014.

[2136]V. aussi : Cass. 1re civ., 24 févr. 2016. V. X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *Effet négatif du principe « compétence-compétence » : RDC* 2016, n° 3, p. 484.

[2137]E. Loquin, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage : RTD com.* 2011, p. 255 ; pour une illustration récente, V. Cass. 1re civ., 6 nov. 2019, n° 18-18.292 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

549. – Exemples de refus de reconnaissance de l'inapplicabilité ou de la nullité manifeste. Pour reprendre certains des nombreux exemples déjà fournis, on peut citer une jurisprudence qui affirme que ne relève pas de l'inapplicabilité manifeste, et ne permet donc pas à la juridiction étatique de se déclarer compétente, une clause compromissoire qui désigne de façon contradictoire deux institutions d'arbitrage, dès lors que l'absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage n'a pas été constatée et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'a pas été saisi[2138]. L'inapplicabilité manifeste n'est également pas démontrée, quand bien même l'institution d'arbitrage aurait émis des doutes quant à sa compétence[2139]. Il importe également peu que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige, fussent-elles constitutives d'une loi de police[2140]. Une clause compromissoire n'est pas plus manifestement inapplicable face à une action en responsabilité délictuelle engagée par un tiers qui se prétend victime d'un manquement contractuel[2141] ou celle contenue dans un contrat de distribution relatif à litige pour défaut de produit vendu intenté par des sous-acquéreurs en présence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété intervenue en exécution du contrat de distribution[2142].

550. – Exemples de décisions où l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de la décision ont été retenues. La clause compromissoire est manifestement inapplicable quand son existence n'est pas établie. Ainsi, le caractère manifeste de l'inapplicabilité de la clause compromissoire a été retenu dans le cas d'une clause insérée dans des conditions générales censées se trouver au verso des connaissements alors que seules des copies du recto de connaissements avaient été produits[2143]. De même, dans un arrêt du 17 novembre 2015[2144], la Cour de cassation a fait prévaloir, comme elle le fait de manière constante et continue à le faire aujourd'hui, le caractère impératif de certaines règles en matière de procédures collectives sur la règle de priorité arbitrale.

§ 2. – Les limites de l'effet négatif du principe compétence-compétence

A. – Le soutien du juge

551. – Le rôle d'assistance du juge. Le principe de compétence-compétence, dans son effet négatif, ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction étatique aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire (CPC, art. 1449). De même, une fois le tribunal constitué, les parties à l'arbitrage peuvent saisir le juge pour qu'il ordonne des saisies conservatoires ou des sûretés judiciaires conservatoires (CPC,

---

[2138]Cass. 1re civ., 20 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 734, obs. X. Delpech.
[2139]Cass. 1re civ., 27 févr. 2013 : *D.* 2013, pan. 2936, obs. Th. Clay.
[2140]Cass. 1re civ., 8 juill. 2010 : *Rev. arb.* 2010, 513, note R. Dupeyré ; *D.* 2010, pan. 2933, obs.Th. Clay.
[2141]Cass. 1re civ., 6 nov. 2013 : *D.* 2013, p. 2936 ; pour d'autres hypothèses et une opinion en faveur de la compétence *prima facie* de l'arbitre lorsqu'un tiers agit sur le terrain délictuel contre une partie au contrat contenant la clause compromissoire et en se prévalant d'une violation contractuelle, V. J. Jourdan-Marques, *Action extracontractuelle et arbitrage : Rev. arb.* 2019, p. 685, spéc. nos 20 et s.
[2142]Cass. 1re civ., 9 juill. 2014, n° 13-17.402.
[2143]Cass. 1re civ., 6 nov. 2013 : *Bull. civ.* 2013, I, n° 211 ; *RTD civ.* 2014, p. 113, note H. Barbier.
[2144]Cass. com., 17 nov. 2015 : *RTD com.* 2016, p. 334, note A. Martin-Serf.

art. 1468). Il y a lieu alors de respecter les règles issues du Code des procédures civiles d'exécution[2145].

552. – Les contestations relatives à la constitution du tribunal arbitral. Par ailleurs, le juge d'appui – ou le centre d'arbitrage en charge d'organiser l'arbitrage – reste compétent en ce qui concerne les contestations relatives à la constitution du tribunal arbitral (CPC, art. 1453 et 1456).

B. – La protection des parties faibles

553. – Salarié et consommateur. Le principe compétence-compétence n'est pas applicable en matière prud'homale selon la Cour de cassation : la qualification du contrat de travail revient au conseil des prud'hommes[2146] qui peut se saisir de la question de la compétence du tribunal arbitral et décider que la clause compromissoire ne s'oppose pas au salarié.

Cependant, la solution était différente en ce qui concerne un consommateur lié par une clause compromissoire dans un litige international. Selon les arrêts *Jaguar*[2147] et *Rado*[2148], le principe compétence-compétence jouait en matière d'arbitrage international et imposait donc aux consommateurs de se soumettre au jeu de la clause compromissoire, ce qui était discuté par la doctrine[2149]. Cette solution a fini par faire l'objet d'un revirement *via* l'arrêt *PWC* de 2020[2150], lequel a admis que le juge étatique, saisi par un consommateur, puisse être valablement saisi, en contrariété avec l'effet négatif du principe compétence-compétence, en élargissant, en quelque sorte, le caractère manifestement inapplicable de la clause compromissoire au caractère abusif, présumé, d'une telle clause.

C. – Le principe compétence-compétence à l'étranger

554. – La position des États-Unis. Les législations nationales diffèrent selon la conception du principe compétence-compétence de chaque État. Contrairement au droit français, qui donne force intégrale au principe de la compétence-compétence, les juges américains adoptent une approche contractuelle à l'égard de ce principe. En effet, les juges américains doivent scrupuleusement suivre les termes de la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat des parties. Si en France l'arbitre a la priorité par rapport aux tribunaux nationaux pour statuer sur sa compétence, aux États-Unis, l'arbitre aura la priorité seulement si la convention d'arbitrage le désigne comme pouvant examiner soi-même sa compétence[2151], ce qui peut également résulter d'une délégation « claire et dépourvue d'ambiguïté » *via* un règlement d'arbitrage qui reconnaît expressément la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence[2152]. La position des États-Unis constitue donc une position intermédiaire

---

[2145] *Lamy Droit du contrat* 2017, V° *Arbitrage et compétence du juge étatique*, p. 3090.
[2146] Cass. soc., 30 nov. 2011, *Deloitte* : *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 29, n° 162 ; V. *supra*, n° 333.
[2147] Cass. 1re civ., 21 mai 1997, n° 95-11.429.
[2148] Cass. 1re civ., 30 mars 2004 : *Bull. civ.* 2004, I, n° 97 ; *Rev. arb.* 2005, 115, note X. Boucobza.
[2149] Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., n° 662.
[2150] Cass. 1re civ., 30 sept. 2020, n° 18-19.241, *PWC* (V. *supra*, n° 319).
[2151] *First Options of Chicago* v. *Kaplan*, 514 U.S. 938, 115 S. Ct. 1920 (1995).
[2152] V. par ex., au sujet de l'article 9(a) du règlement AAA qui réalise bien une telle délégation : *Henry Schein, Inc.* v. *Archer & White Sales*, Inc., 139 S. Ct. 524, 529 (2019) ; *McGee* v. *Armstrong*, 941 F.3d 859, 866 (6th Cir. 2019).

par rapport aux États qui acceptent ou rejettent entièrement le principe compétence-compétence.

Complémentaire par rapport au principe d'autonomie de la clause compromissoire, le double effet positif et négatif du principe de compétence-compétence permet pourtant de consolider le plein pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

Chapitre 2

Étendue des effets de la convention d'arbitrage

555. – Parties liées et/ou concernées. Une question qui se pose concernant les effets de la convention d'arbitrage est celle de l'effet relatif de la clause et de son application éventuelle à des tiers/parties non signataires. En effet, comment une clause compromissoire, présentant un caractère consensuel et contractuel[2153], pourrait-elle « concerner » des personnes distinctes que les parties l'ayant initialement stipulée dans la perspective d'une certaine intimité contractuelle et contentieuse, et, *a fortiori*, les attraire dans son champ obligatoire ?

Pourtant, malgré le principe de l'effet relatif de la clause compromissoire, la portée *ratione personae* de la clause compromissoire déborde parfois du champ contractuel en considération duquel elle a été initialement stipulée et s'étend à d'autres rapports unissant ses cocontractants d'origine et d'autres personnes tierces, ou même s'applique à d'autres acteurs qui n'ont aucun lien avec les parties mais seulement avec l'objet du contrat contenant la clause. Ce chapitre va permettre de décrire ces différents aspects, en abordant dans une première section la relativité de l'effet relatif de la convention d'arbitrage (Section 1), puis le cas de la circulation de la convention d'arbitrage (Section 2) pour finir par décrire les mécanismes d'extension de la convention (Section 3).

Section 1

La relativité de l'effet relatif de la convention d'arbitrage

556. – Le principe de l'effet relatif des contrats. L'effet relatif d'une convention est affirmé par le nouvel article 1199 du Code civil (ancien art. 1165). Cet article conduit à considérer qu'un contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes. À l'exclusion de certaines exceptions, les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter[2154]. Ce texte reprend un

[2153] V. *supra*, n° 200.

[2154] V. A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 18e éd., 2019, nos 251 et s. – F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2018, nos 72 et s. – Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 11e éd., 2020, n° 691. – J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 22e éd., 2000, nos 20 et s.

principe énoncé par les glossateurs du droit romain (*res inter alios acta neque nocere neque prodesse potest*) : la chose convenue entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres. La relative vétusté de ce principe, ainsi que les nombreux tempéraments dont il a fait l'objet au cours des âges, conduit à s'interroger sur l'édifice véritable qu'il représente, tout au moins en droit de l'arbitrage, matière certes contractuelle mais également procédurale, où le jeu entre les notions de partie au contrat, partie à la clause compromissoire, partie à l'arbitrage, partie au procès arbitral et partie à la sentence, est constant[2155].

557. – Effet relatif *versus* opposabilité. Le principe de l'effet relatif du contrat doit également être distingué de celui de son opposabilité. La question de l'effet relatif du contrat, l'impossibilité de créer des obligations à la charge d'un tiers, n'est pas contraire à celle de l'opposabilité du contrat aux tiers, qui est l'aptitude du contrat à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, c'est-à-dire en forçant les tiers à reconnaître et à respecter l'existence de l'acte[2156]. Ainsi, la force obligatoire de la clause compromissoire ne s'impose qu'aux cocontractants, tandis que l'opposabilité de cette même clause concernerait les tiers qui seraient donc tenus de respecter la situation factuelle engendrée par l'arbitrage, sa procédure et sa sentence, sans se rendre complice de la violation par l'une des parties de ses engagements arbitraux. Au-delà de la distinction terminologique, il est courant que la jurisprudence – et même le législateur *via* l'article 2061 du Code civil – parle d'« opposer » une clause à une partie ou un tiers, en voulant entendre la ou le « lier ».

558. – Caractère contractuel de la clause d'arbitrage. Cet effet relatif du contrat peut à première vue sembler s'appliquer à la clause d'arbitrage elle-même. En effet, le caractère consensuel de la clause implique que la clause compromissoire est directement soumise au principe de l'effet relatif des contrats[2157]. En effet, pour participer à une procédure d'arbitrage, il faut être partie à une clause compromissoire (ou un compromis), ce qui suppose en premier lieu d'être partie au contrat dans lequel se trouve la clause. Pour autant, la question de l'effet relatif du contrat contenant la clause pourrait être distingué de celle de la relativité de la clause d'arbitrage. En effet, la clause compromissoire est définie comme une « convention » par l'article 1442 du Code de procédure civile. Par ailleurs, le Code civil ne fait plus référence aux « conventions » depuis la réforme de 2016 du droit des contrats. Si l'ancien article 1101 du Code civil faisait du contrat une convention particulière, créatrice d'obligation, le nouvel article 1101 ne définit plus que le contrat, comme acte de volonté productif d'effets obligatoires. La « convention » d'arbitrage de l'article 1442 du Code de procédure civile devient ainsi un « contrat » d'arbitrage au sens de l'article 1101 nouveau du Code civil. À ce titre, elle est donc soumise, comme n'importe quel contrat, au principe de l'effet relatif des contrats[2158] et, surtout de ce contrat particulier, en tenant compte de sa particularité. Par conséquent, l'effet relatif de la « convention d'arbitrage » pourrait s'analyser de manière autonome par rapport à l'effet relatif du

---

[2155] V. *supra*, n° 253.

[2156] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° *Opposabilité*, Assoc. H. Capitant, PUF, 12e éd., 2018.

[2157] Pour une application stricte de ce principe, selon lequel une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligations qui ne résultent pas de la convention dans laquelle elle a été stipulée, V. Cass. 1re civ., 16 juill. 1992 : *Bull. civ.* 1992, I, n° 232, p. 153. – Cass. 1re civ., 4 févr. 2015, n° 13-26.452. – Cass. 1re civ., 1er avr. 2015, n° 14-11.587. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413. – Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.395.

[2158] Ph. Delebecque, *La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. 1re civ., 6 nov. 1990) : Rev. arb.* 1991, spéc. p. 21.

contrat qui en est le support, et donc pourrait s'en détacher, sans rien perdre de sa validité ou de son efficacité. De plus, l'analyse autonome de l'effet relatif de la clause d'arbitrage est renforcée par le nouvel article 2061 du Code civil[2159], dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 qui énonce que la clause compromissoire « doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée »[2160]. Exit donc le critère de la signature, comme d'ailleurs la notion admise de la « partie non-signataire » le laissait déjà sous-entendre[2161].

559. – Autonomie de l'effet relatif de la convention d'arbitrage. L'analyse autonome de l'effet relatif de la convention d'arbitrage a du sens si l'on admet que cet effet relatif est largement atténué, notamment pour permettre la circulation de la clause, par transmission ou extension. Si, au contraire, la convention d'arbitrage était, du point de vue de son effet relatif, analysée comme le contrat support lui-même, et donc si la capacité de circulation de la clause d'arbitrage dépendait de celle du contrat support, restreignant donc mécaniquement les possibilités de circulation par exemple parce que le contrat support était considéré comme un contrat *intuitu personae* comme c'est très souvent le cas des contrats d'affaires, une telle solution serait susceptible d'affecter considérablement l'efficacité de la convention d'arbitrage. Ce serait le cas notamment dans la mesure où les relations contractuelles sont souvent particulièrement complexes (groupe de contrats, ensemble contractuel, contrat conclu par une société membre d'un groupe, *etc.*). Il pourrait en résulter alors une dispersion du litige, sa division même, et la multiplication de procédures parallèles impliquant des parties différentes mais connectées, voire identiques, créant d'autant plus de risques d'avoir des résultats contradictoires ou incohérents. La question de l'« autonomie » de la clause d'arbitrage implique alors, pour qu'elle soit complète, l'analyse autonome de son effet relatif par rapport au contrat qui en est le support. Ainsi, la réalité des relations contractuelles ne se prête pas à une conception stricte de l'effet relatif. Les entorses à ce principe, souvent pour des raisons pratiques, ont très tôt été le fait d'une jurisprudence arbitrale davantage mue par un certain pragmatisme dans le but de régler efficacement le litige soumis à l'arbitre, plutôt que de s'en tenir à la rigidité du principe.

560. – Plan. C'est ainsi que, très tôt, la jurisprudence a admis que la clause arbitrale circule ou s'étende en faisant intervenir des parties non signataires du contrat qui la contient. Dans les développements qui suivent, il s'agira de dégager une dichotomie selon que les tiers liés par la clause compromissoire seront substitués ou adjoints dans le rapport arbitral. Lorsqu'une substitution d'une partie par un tiers a lieu, on parlera de transmission de circulation ou de substitution, parfois translative, de la clause compromissoire. En revanche, lorsqu'un tiers est adjoint au rapport d'obligation, il conviendra de parler de rayonnement – on parle parfois d'« extension » – de la clause compromissoire. Le terme d'« extension »[2162] n'est pas à proprement parler une notion juridique. Certes, on le retrouve sporadiquement dans certaines matières[2163], mais la

---

[2159]Réd. issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite de modernisation de la justice du XXIe siècle ; V. CA Paris, 27 oct. 2020, n° 20/09005 : *D.* 2020, 2484, obs. Th. Clay, proposant un examen de l'inopposabilité de la clause prévue par le nouvel article 2061 du Code civil.

[2160]V. C. civ., art. 2061.

[2161]V. *supra*, n° 427 et *infra*, n° 561.

[2162]Du latin, *extensio, extendere* : étendre, élargir, allonger.

[2163]On pense ainsi au droit des procédures collectives, où il est parfois question d'extension de la procédure à des sociétés du même groupe que le débiteur (C. com., art. L. 621-2, al. 2) : « À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou

notion n'a jamais fait l'objet d'une définition juridique rigoureuse ou globale. Il s'agira donc plutôt d'employer le terme de « rayonnement de la clause compromissoire », qui renvoie à l'idée qu'une nouvelle personne est englobée non pas à la place mais avec les parties originaires dans le domaine d'application, à l'image du « rayonnement du lien contractuel »[2164] que l'on retrouve en théorie générale des obligations. Les logiques, théories et régimes entre la circulation (Section 2) et le rayonnement (Section 3) de la clause compromissoire étant différents, ils seront examinés séparément, même si parfois la distinction entre la circulation et le rayonnement de la clause compromissoire est plus fonctionnelle et pédagogique et ne rend pas toujours compte des télescopages entre les deux régimes, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de faire le départ entre droit interne et droit international.

Section 2

La circulation de la convention d'arbitrage

561. – Présentation de la question. Le recours à l'arbitrage ne s'impose que si les parties y ont clairement consenti. Ainsi, la stipulation sans aucune ambiguïté de la clause compromissoire dans un contrat est bien souvent la première manifestation de cette volonté des parties. Toutefois, l'article 2061 du Code civil, prenant la mesure de ce cas d'école et d'autres hypothèses pratiques plus nuancées, dispose que, si « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose », il en va ainsi « à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée »[2165]. On voit alors que le contrat n'est pas un instrument figé. Il est amené à circuler et ce, encore plus dans la vie des affaires. Dès lors, il est des hypothèses, non rares en pratique, dans lesquelles un tiers se « substitue » au signataire originaire du contrat par le truchement de divers mécanismes juridiques. Ce tiers pourrait alors se trouver lié par la clause compromissoire bien qu'il n'y ait pas « directement » consenti. La circulation de la clause compromissoire repose sur l'idée que celle-ci, convenue entre deux parties initiales, pourrait être exécutée par d'autres personnes que ces dernières, ou des personnes ajoutées aux parties initiales, du fait d'une transmission du contrat qui en est le support, ou de la clause elle-même, voire d'un mécanisme substitutif non translatif des effets de la clause à des tiers. Par exemple,

---

plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

[2164] F. Chénedé, F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12e éd., 2018, nos 457 et s.

[2165] Principe qui existait déjà en matière d'arbitrage international : « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants » (V. Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 95-14.330, *Sté Taurus Film : Bull. civ.* 2000, I, n° 36 ; *JCP* G 2001, II, p. 10570, note D. Ammar ; *Rev. arb.* 2000, p. 280, note P.-Y. Gautier ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 763, note Coipel-Cordonnier ; *RTD com.* 2000, p. 596, obs. E. Loquin) ; v. à ce sujet aussi : E. Jolivet, *La circulation des conventions d'arbitrage dans les sentences arbitrales CCI*, in L. Cadiet, T. Clay, E. Jeuland (eds), *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005, p. 65 et s. ; P. Mayer, « La 'circulation' des conventions d'arbitrage » : *JDI* 2005 p. 251.

la personne à qui sont transmis des droits et obligations à propos desquels une clause compromissoire avait été convenue, pourra s'en prévaloir ou se la voir opposer en cas de litige relatif à ceux-ci. Il s'agit là d'une forme de substitution automatique, qui ne nécessite en principe ni l'accord du successeur, ni du tiers cocontractant.

Il serait toutefois réducteur d'assimiler la clause compromissoire à une simple clause du contrat circulant parce que ce contrat lui-même circule. En effet, la jurisprudence française a, depuis quelques années, rencontré quelques difficultés à justifier cette circulation « compromissoire ».

Si les hypothèses de circulation de la clause compromissoire s'avèrent nombreuses (§ 1), il existe, cependant, un débat en doctrine et en jurisprudence quant aux fondements justifiant cette circulation (§ 2).

§ 1. – Les mécanismes permettant la circulation de la clause compromissoire

A. – La circulation à titre particulier d'un droit

562. – La circulation à titre particulier d'un droit substantiel recouvre des hypothèses variées où celui-ci est, en tout ou partie, transféré d'un patrimoine à un autre en vertu d'une opération juridique qui le concerne à titre singulier.

1° Circulation de la clause compromissoire avec une créance

a) Cession de créance

563. – Cession de créance. La cession de créance est une convention par laquelle un créancier, le cédant, transfère la créance qu'il possède sur son débiteur, appelé le débiteur cédé, à un contractant, le tiers cessionnaire. Le droit positif connaît différents types de cession[2166]. D'une part, celle de droit commun, régie par le Code civil[2167] qui est marquée par un certain formalisme et les autres, spéciales, qui sont principalement le fait du droit commercial permettant une circulation simplifiée des titres de créance : la négociation, l'endossement (notamment d'effets de commerce et de connaissements maritimes), la cession professionnelle par bordereau, dite cession Dailly, d'autre part.

Les créances étant considérées alors comme des biens, les cessions de créances étaient traitées par l'ancien Code civil comme une forme particulière de vente. Désormais, le Code civil considère la cession de créance comme un contrat solennel[2168]. Toutefois, il ne s'agit pas d'un contrat tripartite, le consentement du cédé n'est pas requis. La cession de créance emporte, ainsi, un effet translatif de propriété automatique de la créance, entraînant une substitution de créancier. Le cessionnaire devenant alors titulaire de la créance initiale sans que la situation du débiteur soit modifiée. Ceci explique, d'une part, que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette et, d'autre part, que le transfert de la créance s'étende à ses accessoires[2169].

[2166] Pour un exposé, V. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les cessions de créances simplifiées : Defrénois* 2002, p. 915, art. 37574.

[2167] C. civ., ancien art. 1689 à 1701, désormais C. civ., art. 1321 à 1326.

[2168] G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 730, § 852.

[2169] C. civ., art. 1321, al. 3 ; C. civ., ancien art. 1692.

L'usage de ce mécanisme juridique dans la vie des affaires est très courant. Ainsi, il n'est pas rare de rencontrer une clause compromissoire trouvant sa source dans la créance cédée. Les juridictions françaises ont alors été amenées à décider si la clause compromissoire devait circuler avec la créance cédée. Les juges français devaient, donc, dire si oui ou non un créancier cessionnaire pouvait être lié par une clause compromissoire en raison de sa substitution avec le créancier cédant.

564. – Arbitrage interne. Les juridictions françaises se sont montrées particulièrement favorables à la « transmission » de la clause compromissoire aux cessionnaires[2170]. Par exemple, la cour d'appel de Paris considère que « la cession de créances impliquait nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire indissociable du bénéfice de la clause compromissoire »[2171]. La clause compromissoire insérée dans le support d'une créance cédée peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé[2172] et inversement, elle est opposable par le cessionnaire au débiteur cédé[2173]. Ces solutions jurisprudentielles translatives semblent donc avoir été englobées aujourd'hui dans le texte de l'article 2061 du Code civil dont l'alinéa 1 dispose qu'est tenu par la clause compromissoire celui qui a succédé aux droits et obligations du signataire.

565. – Arbitrage international. En matière internationale, la Cour de cassation avait adopté une solution similaire dans un célèbre arrêt *Worms*[2174]. Il faut noter que dans cette affaire le pourvoi invitait à rechercher quelle était la loi applicable au contrat pour régler la transmission de la clause, et que la cession était régie par la loi française, s'agissant d'une cession Dailly (C. monét. fin., art. L. 313-23 et s.), pourtant la décision fut rendue sans faire référence à la loi gouvernant la créance cédée ou la cession de celle-ci. La Cour de cassation a ainsi énoncé une nouvelle règle matérielle de l'arbitrage international[2175], en ligne avec l'éviction de toute méthode conflictualiste lorsqu'il s'agit de déterminer la « loi » applicable à la convention d'arbitration, à sa validité comme à ses effets[2176].

566. – Cession partielle. Si une fraction seulement de la créance est cédée, l'exercice des droits transmis suppose le respect par le cessionnaire de la clause compromissoire. Logique, la solution a été illustrée par la jurisprudence en matière d'affacturage, c'est-à-dire de transfert par voie subrogatoire[2177].

[2170]CA Paris, 26 mai 1992, *Sté Guyapêche : Rev. arb.* 1993, p. 624, note L. Aynès. – Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *SA Banque Worms* c/ *Bellot : Rev. arb.* 2000, p. 185 (pour une cession « Dailly ») ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 537, note E. Pataut. – Cass. 1re civ., 20 déc. 2001 : *Bull. civ.* 2001, II, n° 198, p. 139 ; *Rev. arb.* 2002, p. 379, note C. Legros. – Cass. 1re civ., 28 mai 2002, nos 00-12.144 et 99-10.741, *Cimat : Bull. civ.* 2002, I, n° 146, p. 112 ; *LPA* 3 déc. 2002, n° 241, p. 7 ; *Rev. arb.* 2003, p. 398, note crit. D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2002, 759 ; *RTD com.* 2002, obs. E. Loquin ; *JCP* G 2003, I, 105, n° 10, obs. C. Seraglini ; *D.* 2003, p. 2471, obs. Th. Clay. – CA Paris, 10 sept. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 623, note L. Aynès.

[2171]CA Paris, 25 nov. 1999, *Cimat : Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen ; *RTD com.* 1999, p. 377, obs. J.-C. Dubarry.

[2172]*Ibid.*

[2173]Cass. 2e civ., 20 déc. 2001, préc.

[2174]Par ex. : CA Paris, 26 mai 1992, préc.

[2175]Cette solution est respectueuse du principe dégagé par la jurisprudence *Dalico* selon laquelle l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique : Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico : JDI* 1994, 432, note Gaillard et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994, 663, note P. Mayer ; V. aussi Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Sté Kout Food Group : JDI* janv. 2021, comm. 4, obs. J.-B. Racine. En matière de transmission de la clause d'arbitrage, V. CA Paris, 19 déc. 2008 : *Rev. arb.* 2009, p. 430.

[2176]V. *supra*, n° 457.

[2177]V. *infra*, n° 568.

b) Subrogation

567. – La subrogation : autre mode de circulation de la créance. Le mécanisme de la subrogation personnelle consiste à substituer, dans un rapport de droit, une personne par une autre[2178]. Le tiers *solvens*, subrogé, prendra la place du créancier *accipiens*, subrogeant, dans ses rapports avec le débiteur. Le subrogé reçoit, donc, les droits et actions dont le subrogeant était titulaire contre le débiteur. Toutefois, la particularité essentielle de la subrogation est qu'elle ne peut pas s'opérer seule, de façon autonome, elle est obligatoirement greffée sur le paiement de la créance[2179]. Autrement dit, « c'est une transmission de la créance, qui s'effectue sur le fondement d'un paiement »[2180].

L'institution est désormais régie par les articles 1346 et suivants du Code civil (C. civ., ancien art. 1249 à 1252), son effet translatif étant fondé sur l'article 1346-4 qui dispose que « la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier ». Le Code civil distingue entre la subrogation légale et la subrogation conventionnelle, distinction qui ne semble étrangement pas avoir de pertinence dans le cadre arbitral.

Comme la cession de créance, la subrogation opère un changement qui concerne le titulaire de la créance, mais non la créance qui reste identique avec toutes ses caractéristiques tant positives que négatives. Par la subrogation, le créancier subrogé acquiert tous les droits et avantages attachés à la créance[2181] et peut donc poursuivre le débiteur comme le subrogeant pouvait le faire[2182].

La pratique de la subrogation se retrouve surtout dans le domaine des assurances[2183] où le tiers assureur se retrouve subrogé dans les droits de celui qu'il vient indemniser, également en matière d'assurance maritime. Mais on peut retrouver ce mécanisme dans l'affacturage[2184], le cautionnement ou l'endossement notamment d'effets de commerce[2185].

Ainsi, il n'est pas rare qu'une clause compromissoire ait été insérée dans la relation contractuelle liant le créancier originaire et son débiteur. Dès lors, comme dans la cession de créance, le mécanisme de subrogation peut, également, se trouver confronté à la problématique de la circulation de la clause compromissoire et de son application à un tiers non signataire.

Selon la jurisprudence française, la clause compromissoire devrait être transmise au tiers subrogé dans le cadre d'une subrogation. La clause compromissoire couvrant la créance transférée s'impose donc au subrogé comme elle s'impose au cessionnaire. Les juges français ont considéré que « par l'effet translatif de la subrogation, la clause compromissoire est transmise à l'assureur avec la créance et les droits de l'assuré dont

---

[2178]C. civ., art. 1346 à 1346-5 et C. civ., anciens art. 1249 à 1252.

[2179]A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, *LGDJ*, 2019, n° 740.

[2180]Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Lextenso, 10e éd., 2018, n° 1393.

[2181]C. civ., art. 1346-4 : « La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier ».

[2182]Cass. com., 3 juin 1982 : *D.* 1982, p. 483. – Cass. 1re civ., 27 janv. 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, p. 2740, note Plancquel. – Cass. 1re civ., 3 mai 1978 : *D.* 1980, p. 107, note Poulnais. – Cass. 1re civ., 11 juin 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 171 ; *RTD civ.* 2008, p. 480, obs. B. Fages.

[2183]CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

[2184]CA Paris, 1re ch. urg., 20 avr. 1988, n° 96-20202, *Sté Clark International Finance* c/ *Société Sud Matériel Service et a. : Rev. arb.* 1988, p. 570.

[2185]Sent. CCI n° 1704/1977 : *JDI* 1978, p. 977, note Y. Derains ; *Rec. CCI* 1974-1985, p. 312.

elle constitue une modalité »[2186]. Les juridictions françaises ont ensuite appliqué ce principe, sans réserve avec des attendus plus ou moins détaillés[2187].

568. – Subrogation partielle. La solution vaut aussi bien quand la subrogation n'est que partielle, lorsque le paiement subrogatoire n'est pas fait pour l'intégralité de la créance. Le créancier initial et le *solvens* subrogé vont tous deux se trouver titulaire de la créance, chacun pour sa part. Si la créance était régie par une convention d'arbitrage, celle-ci gouvernera leurs actions respectives. Dans une espèce où seule une fraction de la créance avait été transmise par l'effet d'une convention d'affacturage, la cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres, qui commandent d'en étendre l'application à la partie venant – même partiellement – aux droits de l'un des contractants, à condition que le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage »[2188].

c) Les autres procédés translatifs d'une créance

569. – La dation en paiement. L'article 1342-4 du Code civil dispose, en son second alinéa, que le créancier « peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû ». Ainsi, une créance peut en être l'objet, auquel cas elle se trouve cédée à titre de paiement. La convention d'arbitrage passe donc au cessionnaire de la même manière. Sous réserve du particularisme lié à l'absence de prix de cession, qui n'intéresse pas la question de la transmission de la clause compromissoire, le régime de la cession de créance s'applique[2189].

570. – Apport. Il est également possible d'apporter une créance à une société à titre d'apport en nature[2190]. Dans un tel cas, si le rapport juridique dont cette créance est issue était couvert par une clause compromissoire, la société devra s'y soumettre pour exercer les actions dérivant de cette créance.

2° Circulation de l'action avec la chose à laquelle elle se rapporte

571. – Transfert *intuitu rei*. Certaines actions sont accessoires à la propriété d'une chose, de sorte qu'elles la suivent dans les différents patrimoines où elle transite. La solution est établie depuis le XIX^e^ siècle, la Cour de cassation l'ayant fondée dès 1884 sur « le principe que la vente d'une chose comprend tous ses accessoires et notamment les actions que le vendeur [intermédiaire] a pu acquérir à son occasion »[2191]. Elle se maintient aujourd'hui[2192].

572. – Jeu corollaire de la clause compromissoire. Si l'action exercée dérive d'un contrat qui comportait une clause compromissoire, elle ne pourra être portée que devant une juridiction arbitrale. Ainsi, dans l'hypothèse où le contrat de vente initial

---

[2186]Cass. 1re civ., 13 nov. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 632. – Cass. 1re civ., 6 nov. 2019, n° 18-18.292, *Aquasea Yachting*.

[2187]Cass. 1re civ., 13 mai 1966 : *Bull. civ.* 1966, I, n° 571 ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 355, note E. Mezger. – CA Paris, 6 févr. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer. – Cass. com., 14 janv. 2004 : *Rev. arb.* 1991, p. 355.

[2188]Paris, 20 avr. 1988, *Clark international Finance*, préc.

[2189]V. *supra*, n° 563.

[2190]V. not. C. com., art. L. 225-128 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33e éd., 2020, n° 184.

[2191]Cass. civ., 18 nov. 1884 : *D.* 1885, 1, 357.

[2192]Cass. ass. plén., 7 févr. 1986, nos 83-14.631 et 84-15.189 : *Bull. civ.* 1986, ass. plén., n° 2 ; *D.* 1986, 293, note A. Bénabent ; *JCP* G 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 1986, 594, obs. J. Mestre et p. 605, obs. Ph. Rémy ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, ss dir.), Dalloz, 13e éd., 2015, n° 252. – Cass. 3e civ., 26 nov. 2014, n° 13-22.067 : *Bull. civ.* 2014, III, n° 159.

comprenait une clause compromissoire, le sous-acquéreur C agissant contre le vendeur originaire A en exerçant les droits du vendeur intermédiaire B, sera tenu par la clause compromissoire convenue entre A et B. Cette conclusion n'est pas particulière à la question de la convention d'arbitrage.

573. – Chaîne internationale de contrats. En droit de l'arbitrage international, l'opposabilité de la clause compromissoire au sous-acquéreur qui exerce les droits d'un maillon antérieur de la chaîne a été discutée. L'arrêt du 6 février 2001, dit « arrêt *Peavey* » consacre la transmission : « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ». On a pu se demander s'il fallait distinguer selon que la chaîne de contrats était homogène, c'est-à-dire celle où tous les contrats translatifs de propriété étaient de même nature (par ex. : chaîne de ventes), ou hétérogène (par ex. : ventes et entreprise). On a également hésité sur le point de savoir s'il importait que le demandeur ait ou non eu l'occasion de connaître au préalable l'existence de la clause[2193]. La jurisprudence a fini par écarter ces distinctions et par juger, en 2007, dans l'arrêt *ABS*, que « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »[2194].

574. – Chaîne de contrats internes. En matière d'arbitrage interne, la solution doit être la même. Quelques jours avant l'arrêt *ABS*, la Cour de cassation l'avait laissé entendre en décidant que n'était pas manifestement inapplicable la clause compromissoire invoquée par le défendeur contre l'action d'un sous-acquéreur[2195]. Depuis la réforme de 2016, l'article 2061 du Code civil confirme cette solution puisqu'il dispose que la clause compromissoire est opposable à celui qui a « succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ». Or, le sous-acquéreur succède aux droits du signataire de la clause compromissoire quand, s'étant vu transmettre les droits de celui-ci par voie accessoire, il exerce l'action dont ce dernier était titulaire.

[2193]Sur ces deux interrogations, V. Cass. 1re civ., 6 févr. 2001, n° 98-20.776, *Peavey : Bull. civ.* 2001, I, n° 22, préc. – S. Bollée, *La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété : D.* 2007, p. 2077.

[2194]Cass. 1re civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842, *ABS : Bull. civ.* 2007, I, n° 129 ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *JCP* G 2007, II, 10118, note Golhen ; *JDI* 2007, 968, note C. Legros ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 166, obs. L. Leveneur ; *JCP* E 2007, 2018, n° 11, obs. C. Seraglini ; *Rev. arb.* 2007, p. 785, note J. El Ahdab ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2007, p. 677, obs. E. Loquin. *Adde* : F.-X. Train, *Action directe et arbitrage : Gaz. Pal.* 21 et 22 nov. 2007. – E. Loquin, *Différence et convergence dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : Gaz. Pal.* 2004, vol. 2, cah. arb., p. 49. – Ph. Delebecque, *La transmission de la clause compromissoire : Rev. arb.* 1991, p. 19. – F. Leclerc, *Les chaînes de contrats en droit international privé : JDI* 1991, p. 19. – D. Cohen, *Arbitrage et groupe de contrats : Rev. arb.* 1992, p. 471. – Ch. Seraglini, *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey : Gaz. Pal.* 2002, vol. 1, cah. arb., p. 87. – M.-L. Niboyet, *Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridiction à l'égard des parties non signataires : Gaz. Pal.* 2002, vol. 1, cah. arb., p. 97. – X. Pradel, *Cession de créance et transfert de la clause compromissoire : D.* 2000, chron. p. 569. – J. Rubellin-Devichi, *De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appels en garantie dans la jurisprudence : Rev. arb.* 1989, 31.

[2195]Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 04-16.204 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 91 ; *D.* 2007 ; act. jurispr. 1024, note X. Delpech ; *D.* 2008, 184, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, 345, note J. El-Ahdab ; *JCP* G 2007, I, 168, n° 13, obs. C. Seraglini, et 200, n° 11, obs. Y.-M. Serinet.

3° La circulation de la clause compromissoire dans le cadre d'une cession de contrat

575. – Le mécanisme de la cession de contrat a pendant des années fait couler l'encre de la doctrine française. L'ignorance par l'ancien Code civil de ce mécanisme a alimenté les diverses appréciations et oppositions à l'égard de ce mécanisme. Certains voyaient dans le contrat un ensemble de créances et de dettes, de telle sorte que la cession de contrat s'apparenterait à une addition de cessions de créances et de cessions de dettes[2196]. Or, le droit français prohibe la cession des dettes contractuelles. À l'inverse, d'autres auteurs[2197] considéraient que la cession de contrat serait, *in fine*, une cession de position contractuelle ou une substitution conventionnelle de contractant. La question de la nécessité de l'accord du contractant cédé faisait également l'objet de nombreux débats.

Toutefois, depuis la réforme du droit des contrats, les praticiens n'auront plus à hésiter face à ces controverses doctrinales. En effet, les articles 1216 à 1216-3 du Code civil consacrent clairement en droit commun le mécanisme de la cession de contrat en donnant un cadre juridique assez précis, tant au regard de ses conditions que de ses effets. Ainsi, le Code civil impose l'accord du cédé. De plus, le cédant reste tenu des obligations qui sont nées antérieurement à la cession et, réciproquement, demeure en principe titulaire des créances nées et échues avant cette date[2198]. Dans l'une et l'autre hypothèse, les actions contractuelles engagées par ou contre le cédant demeureront régies par la convention d'arbitrage.

La jurisprudence n'avait cependant pas attendu cette réforme pour admettre la possibilité de céder un contrat. Si le contrat peut être cédé, la présence d'une clause compromissoire soulève une fois de plus la problématique de la circulation de celle-ci. Les juges français ont considéré que la validation de l'opération de cession de contrat devait emporter la validation de la transmission de la clause compromissoire au cessionnaire[2199]. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé « qu'une telle cession implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause d'arbitrage indissociable de l'économie du contrat »[2200].

576. – En matière d'arbitrage international, la Cour de cassation l'a également admis, notamment en 2002 dans l'affaire *Cimat* où elle énonce que « sauf si elle a été stipulée en considération de la personne du cocontractant, la clause d'arbitrage internationale, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui quelle que soit la validité de cette transmission »[2201].

[2196]Cass. 3e civ., 12 déc. 2001, n° 00-15.627 : *D.* 2002, p. 984, Ch. Jamin et M. Billiau.

[2197]L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984.

[2198]L'article 1216-1, alinéa 1 du Code civil dispose que : « Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir » et l'article 1216-1, alinéa 2, qu'« à défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ».

[2199]CA Paris, 15 mars 1966, *Corona : Rev. arb.* 1966, p. 100.

[2200]CA Paris, 1re ch. suppl., 28 janv. 1988, *C.C.C. Filmkunst* c/ *Sté EDIF : Rev. arb.* 1988, p. 565 ; *JDI* 1989, p. 1021, note E. Loquin.

[2201]Cass. 1re civ., 28 mai 2002, nos 00-12.144 et 99-10.741, *Cimat*, préc. ; V. plus récemment : Paris, 3-5, 2 mars 2021, n° 18/16891, *Rotana* et Paris, 5-16, 9 mars 2021, n° 18/21326, *Ukravtodor* : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

B. – La transmission universelle d'un droit

577. – Introduction. Dans le cas d'une transmission universelle, c'est-à-dire lorsque tout le patrimoine d'une personne est transmis à une autre, de manière volontaire ou légale, les successeurs héritent également des droits et obligations déjà existants dans le patrimoine de la personne amenée à disparaître du champ contractuel. Il s'agit d'un mécanisme de substitution auquel la clause compromissoire conclue par la partie qui disparaît n'échappe pas, et que l'on retrouve aussi bien s'agissant de la transmission universelle du patrimoine d'une personne morale que d'une personne physique.

1° Transmission universelle pour les personnes morales

578. – Plan. La restructuration d'une société peut entraîner une substitution de personnes morales et par conséquent amener la clause compromissoire à circuler. En effet, le droit des sociétés a prévu des techniques de transmission universelle de patrimoine : la fusion-absorption (*a*), la scission (*b*) et l'apport partiel d'actif (*c*). Ces techniques sont assimilées à la transmission successorale (V. *infra*, *b*).

a) La transmission de la clause compromissoire dans le cadre d'une restructuration de société : fusion ou absorption

579. – Définition de la fusion-absorption. Une fusion de sociétés est le résultat d'un acte juridique dans lequel deux (ou plusieurs) sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule. Une société peut absorber l'autre, il s'agira d'une « fusion-absorption », mais il peut également y avoir une création d'une nouvelle société unique dans laquelle les deux précédentes se seront confondues[2202]. Ainsi, si la société qui doit être absorbée est tenue par une clause compromissoire contenue dans un contrat avec un fournisseur, la question de savoir si la nouvelle société issue de la fusion ou la société absorbante sera également tenue par cette clause peut se poser.

La société absorbante est considérée comme l'ayant cause universel de l'absorbée et ne saurait avoir la qualité de tiers à l'égard de celle-ci. La Cour de cassation a considéré qu'une fusion « entraîne la transmission universelle de la société qui disparaît au profit de la ou des sociétés bénéficiaires, ces sociétés se substituant à elle dans tous ses droits, biens et obligations »[2203]. En conséquence, la société issue de la fusion est liée par tous les contrats conclus par les sociétés qui se sont confondues, et en particulier par les clauses compromissoires incluses[2204]. La cour d'appel de Paris a ainsi considéré qu'« au regard du droit français, l'absorption d'une société par une autre entraîne la transmission contractuelle de la clause compromissoire stipulée par la société absorbée de sorte que cette clause est opposable à la société absorbante »[2205].

580. – Exception. Les contrats conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire fondés sur la personnalité du cocontractant qui doit exécuter la prestation en vertu du contrat à transmettre, échappent toutefois à la transmission automatique constituant la principale

---

[2202] C. com., art. L. 236-1.

[2203] Cass. com., 16 févr. 1988, *BFC : Bull. civ.* 1988, IV, p. 48 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 892, § 258, note J.-J. Daigre ; *Defrénois* 1993, p. 1210, note P. Le Cannu ; *Dr. soc.* 1993, n° 171, note H. Le Nabasque.

[2204] CA Paris, 13 juin 1963 : *Rev. arb.* 1963, p. 125. – Cass. 2e civ., 11 févr. 2010, n° 07-17.551. – Cass. com., 11 mars 2020, n° 18-20.064, transmission par transmission universelle du patrimoine de créances nées d'un contrat conclu *intuitu personae*.

[2205] CA Paris, 11 mars 1993, *Sté Al Kawthar Investment Co Ltd* v. *BNP et a. : Rev. arb.* 1994, p. 735.

exception au principe[2206]. Cette exception s'applique lorsque le contrat est fondé sur la personnalité de la société absorbée, et non sur la personnalité de l'autre cocontractant[2207]. Cela se justifie si les parties décident de s'engager à transmettre ou recevoir des éléments patrimoniaux en considération de la personne d'un cocontractant : si cette personne disparaît, il est naturel que le contrat disparaisse également.

b) La scission

581. – Définition. La scission d'une société, quant à elle, s'opère lorsque son patrimoine est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles[2208]. La scission devrait en principe entraîner la transmission des clauses compromissoires contenues dans les contrats passés par la société scindée au bénéfice des sociétés résultant de la scission. Ce sont les sociétés scindées qui joueraient donc le rôle de tiers substitués venant en lieu et place de la société substituante. Un arrêt de la cour d'appel de Paris s'est implicitement prononcé en faveur[2209]. Dans cet arrêt, les juges du fond ont confirmé une sentence CCI déclarant une scission frauduleuse inopposable au demandeur et déclarant que les sept sociétés issues de la scission étaient « solidairement liées par la clause compromissoire contenue dans les contrats » conclus par la société scindée et le demandeur[2210]. La solution est motivée non par le caractère frauduleux de la scission, mais bien par l'effet de transmission universelle du patrimoine engendré par la scission.

582. – Exceptions. Tout comme pour les fusions, et malgré le silence de la jurisprudence sur la question, l'exception de la clause d'arbitrage conclue *intuitu personae* devrait s'appliquer tout autant aux scissions[2211].

c) L'apport partiel d'actif

583. – Définition. L'apport partiel d'actif consiste pour une société à faire apport à une autre société d'une partie de son patrimoine, généralement une branche autonome de son activité, en échange de droits sociaux. Cette technique doit être rapprochée des deux techniques vues ci-dessus, tant au niveau du principe que de l'exception.

2° Transmission universelle pour les personnes physiques

584. – Principe de transmission universelle successorale. L'article 724 du Code civil prévoit que « [l]es héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt » et fonde le principe de la transmission universelle d'obligations contractuelles, en cas de succession de personnes physiques et permet de dégager deux règles attachées à ce principe : le caractère automatique de la transmission (comme indiqué par l'article 724 du Code civil, la transmission opère de « plein droit » par effet du décès d'une personne physique [*de cujus*] à l'ayant cause universel [qui se voit transmettre tout le patrimoine] ou à titre universel [qui reçoit une quote-part du patrimoine])[2212] ainsi que son caractère universel (tous les éléments du patrimoine

---

[2206]Par contre, les contrats de travail se transfèrent automatiquement (C. trav., art. L. 1224-1).
[2207]Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-17.296.
[2208]C. com., art. L. 236-1, al. 2.
[2209]CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et a.* c/ *Sté nationale des chemins de fer tunisiens : Rev. arb.* 1991, p. 478, note L. Idot.
[2210]CA Paris, 29 mars 1991, préc.
[2211]Sur l'exception concernant les fusions, V. *infra*, n° 589 et *supra*, n° 580.
[2212]C. Vernières et M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 240.21.

transmissibles, c'est-à-dire aussi bien les éléments d'actif que du passif du patrimoine, sont transmis en blocs, sans que l'héritier puisse opérer un tri)[2213].

585. – Application du caractère automatique et universel à la clause compromissoire. Le principe de la transmission automatique de la clause compromissoire aux personnes se trouve désormais dans l'article 2061 du Code civil qui énonce qu'est partie celle « ayant succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement accepté ». Cette solution législative issue de la réforme de 2016 était déjà en germes puisque la jurisprudence[2214] avait eu l'occasion d'affirmer, dès 2000, que la clause d'arbitrage s'imposait à toute partie venant aux droits des cocontractants[2215]. Même s'il ne semble pas que les tribunaux français aient pour l'instant été confrontés à la transmission d'une clause d'arbitrage par l'effet d'une succession de personnes physiques, le même principe devrait pouvoir s'appliquer dans ce contexte. On retrouve la même solution dans d'autres droits étrangers, notamment anglais ou émirati[2216].

586. – Transmission avec les obligations du contrat transmis. La transmission d'un contrat emporte succession aux droits et obligations découlant de ce contrat. Ainsi, l'héritier, en remplaçant le *de cujus* dans sa relation contractuelle, est tenu de respecter la clause d'arbitrage pour exercer les actions attachées aux droits et obligations auxquels il succède, ce qui implique qu'il ne peut pas saisir le juge. De la même façon, l'héritier bénéficie du droit de se prévaloir de la clause compromissoire, devant l'arbitre ou devant le juge en s'opposant à sa compétence.

587. – Transmission en tant qu'accessoire du droit d'action transmis. L'héritier se voit transmettre les droits d'action dont bénéficiait le *de cujus*. Or, la clause compromissoire touche directement à l'exercice des droits d'action en lien avec la relation contractuelle prévue par le contrat contenant la clause. La jurisprudence en matière de cession de contrats et droits énonce que « la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis »[2217]. D'après cette jurisprudence, la clause d'arbitrage est l'accessoire du droit d'action en ce qu'elle établit une modalité de son exercice, en obligeant les parties à saisir l'arbitre plutôt que le juge, pour mettre en œuvre leurs droits.

588. – Exceptions au principe de transmission de la clause compromissoire en raison de l'activité professionnelle. L'article 2061, alinéa 2 du Code civil rend cependant inopposable la convention d'arbitrage à une personne n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. On peut en effet imaginer une hypothèse où le *de cujus*, commerçant, a conclu un contrat dans le cadre de son activité professionnelle, mais que son héritier, non commerçant, hérite du contrat comportant une clause d'arbitrage. La conséquence de la transmission du contrat sur la clause

---

[2213] C. civ., art. 769 : qui établit le principe d'indivisibilité de l'option.

[2214] Sur ce principe, V. *supra*, n° 580.

[2215] Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, *Sté Taurus Film et a.* c/ *Sté Films du Jeudi : Bull. civ.* 2000, I, n° 36 ; *JCP* E 2001, 1336, note Ammar.

[2216] V. resp. Section 8(1) de l'Arbitration Act anglais ; et, dans une moindre mesure, l'article 4(4) de la loi n° 6/2018 des EAU.

[2217] Cass. 1re civ., 17 nov. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 980. – Cass. 1re civ., 27 mars 2007 : *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2007, 785, note J. El Ahdab ; *RTD com.* 2007, 677, obs. E. Loquin ; en matière d'assurance, V. Cass. 1re civ., 19 déc. 2018, n° 17-28.951 : *RGDA* 2019, 39, note R. Schulz ; *DMF* 2019, 114, obs. P. Delebecque ; *Dalloz actualité*, 28 févr. 2019, note V. Chantebout ; *ibid.* 6 mars 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2019, p. 34, obs. D. Bensaude.

compromissoire dépendra alors de la qualité du cocontractant. Si le cocontractant du *de cujus* a contracté dans le cadre de son activité professionnelle, l'héritier profane sera considéré comme une partie « faible » ou « protégée » par le mécanisme de l'article 2061, alinéa 2 du Code civil et pourrait tenter de soulever l'inopposabilité de la clause compromissoire à son égard. À l'inverse, si le cocontractant du *de cujus* n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, le mécanisme de l'article 2061 ne joue pas, dans la mesure où l'on considère qu'il ne s'applique pas lorsque les deux parties sont sur un même pied d'égalité, c'est-à-dire lorsque les parties sont toutes deux non professionnelles.

589. – La clause compromissoire conclue *intuitu personae*. Comme dans le cadre de la transmission universelle de personnes morales, une clause compromissoire conclue *intuitu personae* échappera probablement au principe de transmission en matière de succession de personne physique, à supposer cependant que la clause soit rédigée de manière à faire obstacle de manière efficace aux phénomènes, automatiques, de transmission, même si aucune décision connue ne semble pour l'heure avoir fait état de cette exception.

C. – La transmission d'entreprise

590. – La transmission d'entreprise amène à s'interroger sur le devenir de ses contrats et notamment ceux incluant une clause compromissoire.

591. – Transmission d'entreprise extra-judiciaire. Le droit des sociétés offre, en pratique, deux techniques de transmission d'entreprise, la cession du fonds de commerce de l'entreprise, et la cession des droits sociaux, qui emporte transmission des pouvoirs sur la société. À titre d'illustration, dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, une clause compromissoire était contenue dans un contrat de franchise ayant pour objet l'activité du fonds de commerce cédé. Une cour d'appel s'est directement prononcée sur le sort de cette clause compromissoire en jugeant que « sauf à excéder ses pouvoirs le juge ne peut statuer sur la validité de la transmission de la clause compromissoire avec le contrat de franchise dès lors que la cession du fonds de commerce est régulière et que le contrat de franchise est en apparence un accessoire du fonds transmis ». Ainsi, cet arrêt se montre favorable à la transmission de la clause au cessionnaire en raison de la transmission du contrat qui la contient.

592. – Cession de contrôle. S'agissant de la cession de contrôle, la jurisprudence a posé le principe du maintien des contrats en cours[2218]. En effet, la personnalité morale demeure identique et la substitution d'actionnaires est indifférente aux clients, fournisseurs, bailleurs et créanciers de la société. Ce principe devrait alors s'appliquer à la clause compromissoire.

593. – Transmission d'entreprise dans le cadre d'une procédure collective. Il s'agit ici de l'hypothèse où la procédure collective aboutit à un plan de cession. La question qui se pose alors est de savoir si les relations contractuelles sont maintenues à l'égard du repreneur et notamment les clauses compromissoires entre la société cédée et les tiers cocontractants. D'un côté, le repreneur substitué est-il automatiquement lié par la clause compromissoire contenue dans un contrat auquel la société débitrice et substituante était partie ? De l'autre côté, le cocontractant peut-il refuser le nouveau débiteur, le repreneur, imposé par le juge dans le cadre du plan de cession ? Les règles

---

[2218]Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-12.236 : *JurisData* n° 2017-004512.

du droit des procédures collectives permettent de déterminer si le contrat dans lequel la clause compromissoire est insérée est ou non transmis avec la société cédée. La loi impose que la cession ne porte que sur des contrats en cours d'exécution et nécessaires au maintien de l'entreprise cédée, formule laissée à l'appréciation des juges de sorte que la décision de céder le contrat s'imposera au cocontractant et au tiers cessionnaire. Il s'agit principalement de contrats de distribution et plus généralement de fournitures de biens et de services, de contrats de crédit-bail, de bail commercial, de contrats de garantie et les contrats[2219].

D. – La transmission de la clause compromissoire aux organes d'une procédure collective substituant le débiteur

594. – En matière de procédures collectives, le principe est l'arrêt des poursuites individuelles par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture. De fait, en présence d'une clause compromissoire, celle-ci ne peut que s'incliner face à ce principe d'ordre public interne et même international[2220]. Toutefois, la clause compromissoire retrouve vocation à s'appliquer une fois que la déclaration de créance a été effectuée et que le respect de l'égalité des créanciers a été assuré.

Lorsque les organes de la procédure décident de la poursuite des contrats, cette continuation doit emporter le maintien de ce dernier dans toutes ses dispositions. Ainsi, la clause compromissoire continuant de lier le débiteur est alors « opposable » aux organes de procédure qui poursuivent le contrat la contenant[2221]. C'est ce qui a été décidé par exemple par la Cour de cassation dans un arrêt du 1er avril 2015[2222], où le liquidateur souhaitait obtenir paiement de sommes résultant du contrat stipulant la clause compromissoire dans l'intérêt des créanciers, il l'a fait en substitution du débiteur. Ainsi, il était tenu des clauses aménageant l'action en justice souscrites par ce dernier.

E. – La transmission de la clause compromissoire à un mandataire substitué

595. – Il s'agit de la situation dans laquelle « une personne (mandataire substitué) s'engage auprès d'une autre personne (mandataire principal) à accomplir les actes

---

[2219] C. com., art. L. 642-7.

[2220] Cass. 1re civ., 5 févr. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 44 ; *Rev. arb.* 1991, p. 625, note L. Idot. – Paris, pôle 1, ch. 1, 14 oct. 2014, n° 13/03410 : *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay. – Cass. 1re civ., 6 mai 2009 : *Bull. civ.* 2009, I, n° 86 ; *Rev. arb.* 2010, p. 299, note D. Cohen ; *JCP* G 2009, act. 255, note J. Béguin ; *JCP* G 2009, 534, note G. Bolard ; *JCP* G 2009, doctr. 462, § 7, note J. Béguin ; *Procédures* 2009, comm. p. 236, note B. Rolland ; *LPA* 21 juill. 2009, 17, note D. Mouralis ; *RTD com.* 2009, p. 546, obs. E. Loquin ; *D.* 2009, p. 2959 et 2968, obs. Th. Clay ; *Cah. arb.* 2010, p. 889, note E. Loquin.

[2221] Cass. com., 10 janv. 1984 : *Rev. arb.* 1984, 492, note P. Ancel. – Cass. com., 12 févr. 1985 : *Bull. civ.*1985, IV, n° 53 ; *Gaz. Pal.* 1985, 225, note Ph. Dupichot ; *Rev. arb.* 1985, 275, note P. Ancel. – Cass. com., 4 févr. 1986, n° 84-16.565 : *JurisData* n° 1986-700325 ; *JCP* N 1986, 564. – Paris, ch. 14, 13 févr. 2002, nos 2001/21101 et 2001/21765 : *JurisData* n° 2002-172448 ; *Rev. proc. coll.* 2003, 310, n° 2, obs. O. Staes. – CA Besançon, 4 juin 2002, n° 02/00304 : *JurisData* n° 2002-188142 ; *Rev. arb.* 2003, 134, note Ph. Fouchard ; *JCP* E 2003, 447, comm. P.M.

[2222] Cass. com., 1er avr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1171, note L. Weiller ; V. aussi Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-21.810 : *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 13 juill. 2020, p. 35, obs. D. Bensaude ; *ibid.* 13 oct. 2020, p. 68, obs. S. Farhi. – CA Paris, 26 juin 2018, n° 17-11231 : *Gaz. Pal.* 2018, n° 38, p. 28, obs. D. Bensaude.

déterminés au nom et pour le compte d'une troisième (le mandant) »[2223]. Cette substitution de mandataire est un type légal de substitution au sens qu'elle est créée par la loi.

La question qui se pose est de savoir si le mandataire substitué qui prend la place du mandataire intermédiaire dans l'exécution du mandat se trouve lié au mandant selon ses propres termes ou s'il est placé, en vertu de la substitution, dans la même position contractuelle que le mandataire intermédiaire. Autrement dit, s'il est lié par le mandat d'origine ou non.

La Cour de cassation a, dans un arrêt *Taurus*, considéré que le mandataire substitué « succède » au mandataire principal et qu'il est donc obligé par la clause compromissoire insérée dans le mandat initial[2224].

F. – Substitutions légales diverses liées à la continuité de la personne morale

596. – Il convient de préciser qu'il existe d'autres cas de substitutions légales dans lesquels des sociétés subissant une transformation peuvent se prévaloir de clauses compromissoires antérieurement conclues. Ainsi, une société peut transférer son siège social d'un système juridique à l'autre en restant liée par une clause d'arbitrage souscrite avant son changement de nationalité[2225]. La cour d'appel de Paris a en effet jugé qu'une personne morale ayant transféré son siège social dans une autre juridiction n'interrompt pas son existence juridique si les lois applicables dans les juridictions concernées autorisent le changement de nationalité sans exigence de dissolution. La société pouvait ainsi se prévaloir de la clause compromissoire conclue antérieurement au changement de siège social.

597. – On trouve un autre cas de substitution dans le rapport compromissoire dans une hypothèse proche mais différente. Il s'agit d'une substitution par rétablissement d'une société dissoute dont la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation, comme notamment dans l'exemple de l'article 1844-8 du Code civil. Dans ce cas, il a été jugé que les effets de la clause d'arbitrage s'étendent et se transmettent à la société restituée, qu'il s'agisse formellement d'une nouvelle personne morale ou non[2226]. Finalement, dans les deux cas précités, c'est l'idée d'une continuité de la personne morale qui fonde la possibilité de faire circuler de la clause compromissoire dans les rapports impliquant des non-signataires.

[2223] B. Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, LGDJ, 2000, n° 4.

[2224] Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 95-14.330, *Taurus : Bull. civ.* 2000, I, n° 36 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 763, note N. Coiper-Cordonnier ; *RTD com.* 2000, p. 596, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2000, p. 280, note P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2000, 721, obs. P. Delebecque ; *Dr. et patrimoine* 2001, p. 2836, obs. P. Mousseron ; *JCP* G 2001, II, 10570, note D. Ammar.

[2225] CA Paris, 20 déc. 2018, n° 16/25494, *État du Cameroun* c/ *SPRL Projet Pilote Garoubé : JDI* juill. 2019, n° 3, p. 18 : une société initialement constituée au Cameroun avait transféré son siège social en Belgique.

[2226] CA Paris, 26 févr. 2013, *M. J. Sprecher et a.* c/ *M. K. A. Bughsan et a. : Rev. arb.* 2014, p. 82-90, note P. Duprey et C. Fouchard.

§ 2. – Les fondements de la circulation de la clause compromissoire

598. – Si la jurisprudence française semble favorable à la transmission de la clause compromissoire à un tiers substitué par le jeu de différents mécanismes juridiques, elle a pourtant rencontré quelques difficultés à fonder ses décisions, toutes unies par un principe de faveur à la pleine d'efficacité de la clause arbitrale. En effet, à la lecture de ses arrêts, un certain flottement dans le choix des fondements possibles apparaît. Même si, au final, le résultat peut paraître identique, à savoir la circulation de la clause au tiers, le chemin emprunté par la Cour de cassation a souvent varié.

Il ne s'agit pas ici d'analyser ces fondements mais de répertorier les divers fondements possibles utilisés par la jurisprudence pour admettre la transmission de la clause compromissoire.

599. – Variété des fondements. Or, la variété, en la matière, est sensible. Une partie a pu « venir aux droits de » ou encore être considérée comme se « plaçant aux droits et obligations de »[2227]. Une clause compromissoire a été saisie comme « indissociable de l'économie du contrat »[2228] ou considérée simplement comme participant de « l'autonomie de la clause compromissoire »[2229] ou du « caractère accessoire au contrat »[2230] ou encore du « caractère accessoire au droit d'action »[2231]. Parfois l'acception est lapidaire, par référence à un article de loi, « l'article 1692 du Code civil » (cession de créance comprend les accessoires)[2232] ou au contraire plus complexe : « [l'assureur] n'est habilité à exercer (…) que l'action directe appartenant à son assuré en vertu du contrat de transport et ce, dans les limites prescrites par le contrat »[2233] ou la clause a été « transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis »[2234] ou « par le seul effet de la volonté des contractants est transmise au

---

[2227] Pour une cession de contrat : CA Paris, 15 mars 1966, *Corona : Rev. arb.* 1966, p. 100 ; pour une subrogation : CA Paris, 1re ch. urg., 20 avr. 1988, n° 96-20.202, *Sté Clark International Finance* c/ *Sté Sud Matériel Service et a. : Rev. arb.* 1988, p. 570 ; pour un mandataire substitué : Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 95-14.330, *Taurus : Bull. civ.* 2000, I, n° 36 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 763, note N. Coiper-Cordonnier ; *RTD com.* 2000, p. 596, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2000, p. 280, note P.-Y. Gautier ; *Defrénois* 2000, 721, obs. P. Delebecque ; *Dr. et patrimoine* 2001, p. 2836, obs. P. Mousseron ; *JCP* G 2001, II, 10570, note D. Amma ; pour un contrat d'assurance : Cass. 1re civ., 13 nov. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 632 ; v. en dernier lieu : Paris, 3-5, 2 mars 2021, n° 18/16891, Rotana : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques : « la clause compromissoire s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants »

[2228] Pour une cession de créance : CA Paris, 25 nov. 1999, *Cimat : Rev. arb.* 2001, p. 165, note D. Cohen ; *RTD com.* 1999, p. 377, N. J.-C. Dubarry ; pour une cession de contrat : CA Paris, 1re ch. suppl., 28 janv. 1988, *C.C.C. Filmkunst* c/ *Sté EDIF : Rev. arb.* 1988, p. 565 ; pour une clause de substitution dans une promesse unilatérale de vente : CA Lyon, 15 mai 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 402, P. Ancel.

[2229] Pour une cession de créance : Cass. 1re civ., 28 mai 2002, nos 00-12.144 et 99-10.741, *Cimat*.

[2230] Pour une cession de créance : CA Paris, 25 nov. 1999. – CA Paris, 10 sept. 2003 : *Rev. arb.* 2004, p. 623, note L. Aynès ; pour une cession d'un contrat de franchise dans le cadre d'une cession de fonds de commerce : CA Douai, 13 sept. 2001 : *RTD com.* 2002, p. 280, obs. E. Loquin.

[2231] Pour une cession de créance : CA Paris, 25 nov. 1999, *Cimat*, préc. ; pour une chaîne de contrats : Cass. 1re civ., 6 févr. 2001, *Peavey*, préc.

[2232] Pour une cession de créance : Cass. 2e civ., 20 déc. 2001, préc.

[2233] Pour un contrat d'assurance : Cass. 1re civ., 13 mai 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 571 ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 355, note E. Mezger.

[2234] Pour une chaîne de contrats : Cass. 1re civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842, préc. – Cass. 1re civ., 9 janv. 2008, n° 07-12.349. – Cass. 1re civ., 17 nov. 2010, n° 09-12.442, *Sté Refcom SpA : D.* 2010, 2829, note X. Delpech ; *Rev. arb.* 2011, p. 191-200, note Y. Strickler. – CA Rennes, 26 nov. 2015, n° 14-03323. – Cass. 1re civ., 9 juill. 2014, n° 13-

cessionnaire avec la créance »[2235], « constitue une modalité » de la créance[2236], dispose d'une « validité et une efficacité propres, qui commandent d'en étendre l'application »[2237], « la créance lui étant transmise avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissoire »[2238] ou enfin le tiers doit « poursuivre l'exécution des contrats avec tous les droits et obligations qui s'y rattachaient, ce qui impliquait l'observation de la clause compromissoire qui y était stipulée »[2239].

Section 3

Le rayonnement de la convention d'arbitrage aux tiers adjoints

600. – Complexité des relations d'affaires et tiers impliqués. Il est habituel dans la vie des affaires que plusieurs personnes, physiques ou morales, interviennent ou se trouvent impliquées dans une même relation d'affaires. La complexité accrue de la vie des affaires amène bien souvent à délaisser l'image ordinaire d'une relation contractuelle uniquement bipartite. En effet, une relation d'affaires peut faire l'objet de contrats liés, faire participer plusieurs sociétés d'un même groupe, ou encore impliquer plusieurs personnes.

Si ce postulat paraît simple de prime abord, il devient relativement complexe lorsqu'il se trouve confronté à l'existence d'une clause compromissoire au sein d'un des contrats gravitant autour de cette relation d'affaires. Cette confrontation amène à s'interroger sur la possibilité « d'étendre » la clause compromissoire à un tiers non signataire. Le civiliste attaché au strict respect du principe de l'effet relatif des contrats et au caractère conventionnel de l'arbitrage pourrait être surpris par cette interrogation.

Or, dès cette surprise passée, il est aisé de constater que la jurisprudence française depuis pratiquement une vingtaine d'années a admis dans certaines hypothèses l'extension d'une clause compromissoire à un tiers non signataire. Cette possibilité d'extension a surtout été admise en matière d'arbitrage international. Cependant, cette solution doit probablement être étendue en matière d'arbitrage interne, le découpage entre l'arbitrage interne et international n'étant pas strict et rigoureux à cet égard.

601. – Distinction entre les mécanismes de circulation et de rayonnement. Il est nécessaire de distinguer les notions de « rayonnement » ou d'« extension » et les notions de « circulation » ou de « transmission » de la clause compromissoire. En effet, bien que le résultat soit identique, à savoir l'application de la clause compromissoire à

17.402, *Sté Assystem France* c/ *Sté Axa France IARD et a. : Rev. arb.* 2014, p. 808.

[2235]Pour une cession de créance : Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, *SA Banque Worms*, préc.

[2236]Pour un contrat d'assurance : Cass. 1re civ., 13 nov. 1992 : *Rev. arb.* 1993, p. 632.

[2237]Pour une subrogation : CA Paris, 1re ch. urg., 20 avr. 1988, n° 96-20202.

[2238]Pour une subrogation : CA Paris, 6 févr. 1997 : *Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer. – CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873, *Axa France IARD*.

[2239]Transmission en matière de procédure collective : Cass. com., 1er avr. 2015 : *Rev. arb.* 2015, p. 1171, note L. Weiller. – Cass. com., 19 juill. 1982 : *Rev. arb.* 1983, p. 321. – Cass. com., 10 janv. 1984 : *Rev. arb.* 1984, p. 492, note P. Ancel. – CA Besançon 4 juin 2002 : *Rev. arb.* 2003, p. 134, note Ph. Fouchard.

un tiers non signataire, le mécanisme juridique est diamétralement différent. La transmission opère une substitution de personne par l'effet d'une transmission de droits contractuels tandis que l'extension vient adjoindre une personne au rapport d'obligation liant deux parties, visant ainsi une couverture multipartite[2240].

602. – Rayonnement *ratione materiae* « interne ». Il est important de prendre en compte le fait que, vue de l'étranger, la politique jurisprudentielle française particulièrement favorable à l'arbitrage s'est manifestée par une pratique décisionnelle qui a promu l'extension à la fois à l'égard de personnes tierces mais aussi de contrats tiers. Ainsi, il existe différents cas de figure d'extension de la clause compromissoire qui ont permis le développement de différents fondements de l'extension d'une clause arbitrale. Au-delà des hypothèses d'extension de la clause compromissoire abordées ci-après, il convient de préciser que la clause compromissoire peut être étendue *ratione materiae* à des litiges annexes trouvant leur source en dehors du contrat qui la contient. On parle alors d'un rayonnement de la clause compromissoire à l'intérieur même du contrat. On distingue l'application *ratione materiae* de la convention d'arbitrage à des litiges de nature contractuelle et l'application de la clause à des litiges de nature « extracontractuelle ». Le premier type de portée *ratione materiae* de la clause d'arbitrage concerne les litiges « contractuels », c'est-à-dire issus directement du contrat même où est stipulée ladite clause, et dépend principalement de la rédaction de cette clause. D'une part, lorsque la rédaction de la clause d'arbitrage est large, celle-ci couvre par principe, et sauf volonté contraire, tout litige de nature contractuelle en lien avec le contrat. D'autre part, lorsque la clause est rédigée de façon restrictive, la majorité des tribunaux judiciaires adopte tout de même une interprétation large de l'objet de la clause d'arbitrage. La jurisprudence considère, en effet, qu'en concluant une convention d'arbitrage, les parties ont entendu soustraire à la compétence des tribunaux judiciaires *tous* les litiges ayant une relation causale ou connexe avec l'objet de la clause[2241]. Ainsi, les juges étatiques considèrent que l'arbitre saisi de « l'interprétation de l'exécution et de la résiliation des contrats est compétent pour statuer sur la validité de ceux-ci »[2242]. Concernant l'application *ratione materiae* de la clause compromissoire à des litiges de nature « extracontractuelle », il s'agit principalement d'examiner la relation d'un litige contractuel par rapport à d'autres types de litiges. De manière générale, « tout ce qui est "en relation causale ou connexe" » avec l'objet de la convention d'arbitrage relève de la compétence du tribunal arbitral[2243]. La jurisprudence admet ainsi que le tribunal arbitral peut connaître des actions en responsabilité de toute nature, liées à l'existence d'un contrat quand bien même l'objet de la convention d'arbitrage ne vise que « l'exécution du contrat »[2244]. La Cour de cassation a notamment rappelé dans des arrêts récents[2245] qu'une clause

---

[2240]V. plus généralement : S. L. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, nov. 2011.

[2241]Cass. 1re civ., 11 oct. 1964 : *Rev. arb.* 1965, p. 58. – Cass. com., 13 mars 1978 : *Rev. arb.* 1979, 339, obs. Fouchard. – Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 03-12.047 : *Rev. arb.* 2006, p. 925, note Bensaube. – CA Paris, 10 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, p. 143, obs. Derains ; *RTD com.* 1996, p. 653, obs. Loquin.

[2242]Cass. 2e civ., 15 janv. 2004, n° 02-13.675 : *Rev. arb.* 2004, p. 446 ; *D.* 2004, 3181, obs. Clay.

[2243]CA Paris, 10 mars 1995 : *Rev. arb.* 1996, 125, obs. Derains.

[2244]CA Aix-en-Provence, 16 janv. 2020, n° 19/06759. – Cass. 1re civ., 19 janv. 1961 : *Bull. civ.* 1961, I, n° 53. – Cass. com., 9 juill. 1974 : *Rev. arb.* 1976, 107, note Fouchard. – Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 03-12.047 : *Rev. arb.* 2006, 925, note Bensaube.

[2245]Cass. 1re civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080. – Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521. – CA Paris, 1er déc. 2020, n° 19/03289, *Financière de Rosario* ; V. plus généralement J. Jourdan-Marques, *Action extracontractuelle et arbitrage : Rev. arb.* 2019, p. 685.

d'arbitrage, rédigée en termes généraux, était applicable à une action de nature délictuelle. Finalement, la limite au rayonnement de la clause compromissoire à l'intérieur même du contrat est l'inapplication manifeste de la clause compromissoire[2246].

603. – Plan. Cette section se chargera de dresser le panorama des différents cas de figure où l'on retrouve l'extension de la clause compromissoire : les groupes de contrats (§ 1), dans les relations triangulaires (§ 2), le cadre de relations sociétaires (§ 3) et enfin dans les groupements publics (§ 4).

§ 1. – Le rayonnement au sein d'un groupe de contrats

604. – Extension *ratione materiae* et *ratione personae*. Outre le rayonnement de la clause compromissoire à l'intérieur même d'un contrat, il convient à présent de s'intéresser à un cadre contractuel encore plus large. En effet, la clause compromissoire ne fait pas que rayonner au sein d'un champ contractuel donné, pour englober des litiges qui n'étaient pas expressément visés dans la clause elle-même – litiges délictuels liés au contrat ou litiges contractuels autres que ceux stipulés (par ex., relatifs à l'exécution alors que la clause visait les litiges relatifs à la validité). Le rayonnement est tel qu'il peut englober des litiges issus d'autres contrats liés à celui contenant la clause compromissoire, soit conclus entre les mêmes parties (ensembles contractuels bipartites : on parlera alors de rayonnement ou d'extension *ratione materiae*), soit des ensembles multipartites impliquant à la fois des contrats tiers et des personnes tierces au contrat dont la clause va rayonner (il s'agira alors de rayonnement ou d'extension *ratione personae*).

A. – Les grands types de groupes de contrats

605. – Typologie : chaîne/ensemble et homogène/hétérogène. La complexité des opérations économiques, additionnée à une spécialisation technique des opérateurs ainsi qu'à un morcellement des tâches, incite à conclure des contrats multiples qui concourent à la réalisation d'une même opération[2247]. Cette pluralité d'accords, juridiquement indépendants mais économiquement liés, peut lier deux parties ou plusieurs parties. Les « groupes de contrats » en premier ne sont pas une catégorie juridique parfaitement définie ni indiscutable[2248]. On distingue ainsi les « chaînes de contrats », qui sont constituées de suites de contrats dont la nature ou les effets sont voisins. Par exemple, constitue une telle chaîne de contrats, la classique succession de vente et de revente, mais encore un contrat d'entreprise suivi d'un sous-contrat d'entreprise, d'un bail et d'une sous-location, *etc.* On évoque souvent, à leur égard, la désignation de chaîne de contrats *homogène*, parce que la nature ou les effets des contrats formant la chaîne sont identiques, de sorte qu'une suite de contrats différents serait *hétérogène*. En réalité, l'homogénéité ou l'hétérogénéité d'une chaîne de contrats repose sur la question d'un transfert de propriété d'une chose. L'intérêt d'identifier ces chaînes repose sur la question de savoir si, d'un fait de cette chaîne, des éléments d'un contrat ne peuvent pas être « transmis » ou « étendus » aux autres contrats de la chaîne :

[2246] V. *supra*, n° 523.
[2247] D. Cohen, *Arbitrage et groupes de contrats : Rev. arb.* 1997, p. 471.
[2248] *Cf.* D. Mainguy, *L'actualité des actions directes en droit des contrats*, in *Mél. J. Béguin*, Litec, 2005, p. 399.

il est vrai alors qu'il s'agira plus de répondre à des problématiques de circulation où un contrat – et une partie contractante – va venir aux droits d'une autre[2249]. Constituent également des groupes de contrats les « ensembles de contrats », qui sont unis par une unité d'objet ou de cause. L'intérêt, ici, est d'envisager, de manière voisine que pour les « chaînes de contrats », si des effets ou des clauses insérées dans un contrat ne peuvent être étendues aux autres contrats. Par exemple en termes d'indivisibilité, si l'annulation ou la résolution du contrat principal peut avoir pour effet d'emporter la résiliation des contrats de l'ensemble, une clause compromissoire stipulée dans ledit contrat cadre peut-elle être étendue au contrat accessoire (à supposer que celui-ci n'en contienne pas) ?

606. – Dualité de situations : extension *ratione materiae* et/ou *personae* au sein d'un ensemble contractuel ? Les groupes de contrats existent sous deux différents scénarios qui intéressent l'extension d'une clause compromissoire, soit entre parties identiques à plusieurs contrats[2250], soit entre parties différentes au contrat. Le premier est celui de l'ensemble contractuel réunissant deux contrats conclus par les deux mêmes parties. Dans ce scénario, un contrat principal lie deux parties qui ont par ailleurs conclu un contrat annexe, par exemple qui n'a pas été signé ou ne contient aucune clause de règlement du litige. La jurisprudence a maintes fois été confrontée à la question de savoir si tous contrats de l'ensemble contractuel bipartite, y compris ceux qui ne contiennent pas de clause compromissoire, sont compris dans le champ de la clause arbitrale d'un seul contrat[2251]. Les tribunaux considèrent alors souvent, comme en matière de distribution où l'idée d'indivisibilité permet de solidariser le sort, au fond, de contrats liés[2252], que, lorsque l'ensemble contractuel bipartite fait partie d'une seule opération économique, cela indique soit une indivisibilité objective des contrats soit une intention commune des parties, permettant d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux, ce qui est considéré comme une raison

---

[2249] V. *supra*, n° 573.

[2250] Paris, 1re ch. urg., 9 déc. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 573 : la clause compromissoire contenue dans un seul contrat s'applique également aux litiges découlant d'autres conventions ultérieures entre les mêmes parties, qui lui sont étroitement connexes et qui n'ont pour objet que de compléter le contrat principal ; V. CA Paris, 1re ch. D, 11 janv. 1995, *Sté Brigif*, inédit : lien entre différents contrats (contrat d'adhésion à un réseau, contrat de franchise, contrat de promesse de cession d'actions…) tournés tous vers une opération économique globale : l'organisation d'un réseau de distribution par enseigne en franchise ; *contra* pour des opérations similaires, Paris, 1re ch. D, 8 mars 1995, *Sté Sasma : Rev. arb.* 1997, p. 547.

[2251] Paris, 1re ch. urg., 9 déc. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 573 : la clause compromissoire contenue dans un seul contrat s'applique également aux litiges découlant d'autres conventions ultérieures entre les mêmes parties, qui lui sont étroitement connexes et qui n'ont pour objet que de compléter le contrat principal. – Paris, 1re ch. D, 11 janv. 1995, *StéBrigif*, inédit : lien entre différents contrats (contrat d'adhésion à un réseau, contrat de franchise, contrat de promesse de cession d'actions…) tournés tous vers une opération économique globale : l'organisation d'un réseau de distribution par enseigne en franchise ; *contra* pour des opérations similaires, Paris, 1re ch. D, 8 mars 1995, *Sté Sasma : Rev. arb.* 1997, p. 547. – Cass. 1re civ., 14 mai 1996, préc. (cassation) (matière internationale) accord de distribution hors concession en complément d'un accord antérieur de distribution exclusive de produits photographiques : « il ressort des énonciations (de la Cour) que l'accord de 1989 trouvait son origine dans l'inobservation de celui de 1977 dont il était le complément de sorte qu'il entrait dans le champ de la clause d'arbitrage stipulée dans celui-ci », cet arrêt est un cas d'extension aux mêmes parties ; V., mais de manière très (trop ?) libérale : T. com. Bobigny, 29 mars 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 67, obs. Aynès ; V. aussi Paris, 29 nov. 1991 : *Rev. arb.* 1993, p. 617, obs. Aynès (en l'espèce, la cour relève que « l'analyse du protocole et des contrats de location-gérance fait ressortir que ces derniers ont constitué l'instrument juridique et économique permettant de réaliser l'objectif défini en commun par les parties dans le protocole » [fusion de réseaux de distribution automobile] qui se présente « comme l'accord de base », le tout formant « un ensemble contractuel »).

[2252] V. par ex. : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-22.930 et V. *supra* n° 372.

suffisante pour justifier l'extension *ratione materiae* de la portée de la clause compromissoire[2253]. Le scénario qui pousse la logique le plus loin est sans doute celui de l'ensemble contractuel pluri- ou multipartite dans lequel plusieurs contrats ont été conclus de façon liée et en vue de la même finalité économique, mais, en plus, par plus de deux parties. Au sujet de ces ensembles multipartites, se pose aussi la question de savoir si la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats est applicable aux contrats de l'ensemble contractuel ne contenant pas de clause compromissoire. En réalité, la jurisprudence ne différencie pas réellement son approche, à bien analyser le raisonnement suivi dans les arrêts, selon que le groupe de contrats a ou non été conclu par les mêmes parties. La seule différence identifiable se trouve dans le degré d'intensité du contrôle pour déduire la volonté des parties à partir d'une imbrication objective. Il s'agirait donc plus d'une question de degré que de nature entre les deux formes d'extension.

B. – Analyse de cas spécifiques d'ensembles contractuels multipartites

607. – Ensembles contractuels. Les ensembles font partie de la même opération économique et sont orientés vers la réalisation de cette opération. Ces ensembles contractuels peuvent prendre diverses formes d'un sous-contrat ou de contrat complémentaire[2254]. D'une part, le sous-contrat est un instrument courant dans les situations où il y a une prestation de services ou la fourniture de matériel (par ex., un contrat de prestation informatique « clé en main ») (1°). D'autre part, le contrat complémentaire est illustré par le contrat aux fins de la mise sous séquestre et le contrat de courtier (2°).

1° Le contrat de sous-traitance

608. – Le contrat de sous-traitance. Le contrat de sous-traitance permet à une partie à un contrat de confier tout ou partie de l'exécution de ce contrat à une tierce personne, le sous-traitant. La question de savoir si la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal s'étend au sous-traitant ayant conclu un contrat de sous-traitance se pose naturellement. Si, au départ, la jurisprudence a refusé d'étendre la clause compromissoire au sous-traitant, l'extension a finalement été retenue par la Cour de cassation[2255]. Dans le contexte d'un contrat de sous-traitance internationale, la cour a décidé que la clause contenue dans le contrat initial s'étendait au sous-traitant car il avait eu connaissance de cette clause, au moment de la signature du contrat, et qu'il avait directement été impliqué dans l'exécution de ce dernier[2256]. De plus, la cour d'appel de Paris a décidé, à propos d'accords de construction portant sur du matériel ferroviaire, qu'en signant sans réserve un contrat liant deux sociétés, une troisième partenaire habituelle de l'une d'elles et rompue aux usages du commerce international,

---

[2253]Cass. 1re civ., 30 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 959, obs. Seraglini. – Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 501, spéc. p. 503-504, obs. Li-Kotovtchikhine.

[2254]V. F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international. Étude de jurisprudence arbitrale*, LGDJ, 2003, préc., p. 40 et s. : l'auteur fait la distinction entre les ensembles unifiés (conventions complémentaires et extinctives) et les ensembles séparés (le sous-contrat).

[2255]Paris, 22 mars 1995 : *Rev. arb.* 1997, p. 550.

[2256]Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, nos 10-17.708, 02-33.48 : *Bull. civ.* 2011, I, n° 175 ; *JCP* G 30 janv. 2012, n° 5, note J.-J. Barbièri ; *Rev. arb.* 2011, p. 1098.

qui avait en outre participé à la négociation et à la conclusion du marché, a nécessairement accepté la clause compromissoire qui était incluse[2257].

2° Les contrats complémentaires multipartites concourant à la réalisation d'une même opération

609. – Les contrats complémentaires. Les contrats complémentaires quant à eux sont des contrats destinés à la réalisation d'une même opération économique[2258].

610. – La mise sous séquestre. Le contrat de mise sous séquestre, qui est une sorte de dépôt, régi par l'article 1956 du Code civil, se définit comme un contrat conclu entre, d'une part, les personnes en litige, et d'autre part, le tiers dépositaire par lequel celui-ci s'engage à garder la chose litigieuse et à la remettre à celui des prétendants à l'issue du litige. Pour ces contrats, la jurisprudence a accepté l'extension de la clause. Notamment, dans un arrêt de 2000, la question de l'extension de la clause d'arbitrage à un contrat de mise sous séquestre s'est posée lorsque, dans une promesse de vente entre un acheteur et un vendeur contenant une clause compromissoire, le solde avait été mis sous séquestre. En l'espèce, la demande du vendeur/bénéficiaire de la mainlevée de la mesure de séquestre avait été rejetée après que l'acheteur/déposant et le tiers de confiance eut soulevé l'incompétence de la juridiction étatique. Pour autant, la cour a jugé que le lien entre les deux contrats était tel qu'il appartenait à l'arbitre et non au juge de statuer sur la demande de mainlevée de la mesure de séquestre[2259].

611. – Le contrat d'intermédiaire. Dans les contrats de courtage, la personne du « courtier » est en charge de la mise en relation de deux ou plusieurs personnes afin de conclure un contrat tel qu'un contrat d'assurance, un contrat d'achat ou de la vente de marchandises, ou un contrat d'affrètement maritime. Dans cette hypothèse, la question se pose dans les mêmes termes que ceux d'un contrat de sous-traitance, c'est-à-dire par exemple : la clause contenant dans le contrat conclu entre l'assureur et l'assuré, s'étend-elle au courtier ? D'après la Cour de cassation, elle n'est pas manifestement inapplicable au litige dès lors que le courtier en sollicite le jeu[2260]. Pourtant, la Cour de cassation a également répondu par la négative en révélant que la clause d'arbitrage contenue dans le contrat d'assurance n'était pas applicable à l'action en responsabilité formée contre le courtier, tiers au contrat d'assurance[2261].

612. – En outre, la Cour de cassation a justifié l'extension d'une clause compromissoire à un tiers non signataire par la ratification du contrat par ce dernier[2262]. En ce sens, la cour d'appel de Paris a refusé d'étendre la clause compromissoire à une société dès lors que son adhésion à l'ensemble contractuel n'était pas prouvée[2263].

613. – Refus d'extension en présence de deux clauses. Par ailleurs, il doit être relevé que les juges français ont pu refuser d'unifier un contentieux relatif à un groupe de contrats en présence de deux clauses compromissoires distinctes[2264].

[2257] CA Paris, 26 oct. 1995, *SNCFT : Rev. arb.* 1997, p. 553.

[2258] Cass. com., 14 déc. 1995, n° 92-21.696 : *JurisData* n° 1995-000247 ; *Bull. civ.* 1995, IV, n° 49 ; *RJDA* 1995, n° 677.

[2259] Cass. 2e civ., 30 mars 2000 : *Rev. arb.* 2000, p. 623, note L. Cadiet.

[2260] Cass. 1re civ., 9 juin 2016, n° 15-16.241.

[2261] Cass. 1re civ., 19 sept. 2018, n° 16-20.164.

[2262] Cass. 1re civ., 25 juin 1991, *Cotunav : Rev. arb.* 1996, p. 265, p. 453, note P. Mayer.

[2263] CA Paris, 1re ch. suppl., 16 juin 1988, *Swiss Oil : Rev. arb.* 1989, p. 309, note C. Jarrosson.

[2264] CA Paris, 19 déc. 1986 : *Rev. arb.* 1987, p. 359 et E. Gaillard, *L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite : Rev. arb.* 1987, p. 275 (cassé mais sur d'autres points par Cass. 1re civ., 8 mars 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 481, note Ch. Jarrosson, et sur renvoi, CA Versailles, 7 mars 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 326, note E. Loquin).

C. – Les fondements du rayonnement dans les ensembles contractuels

614. – Fondement légal. La définition donnée par l'article 1442 du Code de procédure civile[2265] permet de montrer le lien entre celle-ci et les contrats qui lui sont liés par une relation de groupe. Offrant ainsi une assise légale à l'extension de la clause compromissoire. Ce texte ne fait que reprendre la jurisprudence libérale qui énonce que lorsqu'un contrat contient une clause d'arbitrage, celle-ci rayonne vers les autres contrats gravitant autour, et dirigés vers la même finalité économique.

615. – Deux approches : objective et subjective. Deux approches peuvent justifier une « extension » : une approche objective, c'est-à-dire dans laquelle les contrats sont objectivement imbriqués, et une approche subjective, celle dans laquelle l'existence d'une unité économique discernable objectivement, n'est que le résultat de la volonté des parties. En outre, ces approches semblent faire fi de la distinction entre la situation avec deux contractants identiques et celle qui implique plus de deux contractants.

616. – L'approche objective. Selon l'approche objective, l'existence d'une opération économique globale implique de regarder cette opération, et tous les contrats d'exécution de cette opération, comme s'ils découlaient d'une seule relation contractuelle, ayant une unité économique[2266]. Permettant ainsi de justifier l'extension de la clause compromissoire pour englober les contrats, et les parties les ayant conclus. À titre d'illustration, la jurisprudence a considéré, au sujet d'accords successivement conclus par deux sociétés, à quelques semaines d'intervalle, qui concernaient la vente et la « reprise » entre les mêmes parties d'une même marchandise, qu'ils étaient des conventions complémentaires ou à tout le moins connexes, et, qu'en raison de liens économiques étroits entre les phases de l'opération, « la volonté implicite des parties a été nécessairement d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux aux composantes indissociables, pouvant survenir entre elles à propos de leur exécution »[2267]. De même, dans une autre décision relative cette fois à un ensemble contractuel pluripartite, les juges ont considéré que « dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige »[2268].

La logique recherchée reste l'efficience[2269] qui fait présumer une indivisibilité des contrats. C'est un souci de cohérence procédurale faisant primer l'aspect contentieux et

---

[2265] CPC, art. 1442, al. 2.

[2266] V. Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 501, note Li-Kotovtchikhine ; *RTD com.* 2001, 59, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 2001, n^{os} 119 à 123, p. 46. – Paris, 7 mai 2009, n° 08/02025 ; *LPA* 2009, n° 160, 10. – Cass. 1re civ., 27 mars 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 129 ; *JDI* 2007, 968, note C. Legros ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée. Pour une formulation similaire, V. CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688.

[2267] CA Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, 501, note Li-Kotovtchikhine ; *RTD com.* 2001, 59, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 2001, n^{os} 119 à 123, p. 46 (soulignement ajouté).

[2268] Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar : RTD com.* 1995, 401, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996, 245, note Ch. Jarrosson (soulignement ajouté) ; V. CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques. – Cass. 1re civ., 4 déc. 2019, n° 18-23.176 : *Dalloz actualité*, 6 janv. 2020, J. Jourdan-Marques.

[2269] Ph. Leboulanger, *Multi-Contract Arbitration : JIA* 1996, 13/4, 43, spéc. 46.

procédural de la clause d'arbitrage pour considérer que les parties sont liées par un lien d'instance semblable à celui d'un procès et poursuivre un objectif de bonne administration de la justice[2270]. Cela permet également au juge d'avoir une vue la plus complète et générale du litige et, partant, de rendre la meilleure décision possible, comprenant « la nécessaire prise en compte de tous les aspects économiques et juridiques du litige »[2271]. Jurisprudence et doctrine semblent en phase sur cette approche. Ainsi, alors qu'un auteur a pu affirmer que « la clause compromissoire a vocation à fédérer du point de vue du règlement du litige les différents contrats participant à un groupe et à écarter le principe de l'effet relatif des conventions »[2272], cette dernière formule fut expressément reprise dans un arrêt de la cour d'appel de Paris[2273].

617. – La jurisprudence s'appuyant sur cette indivisibilité entre des contrats « groupés » est abondante. Même si cette jurisprudence concerne de manière écrasante des cas de groupes bipartites, la logique s'applique également dans les ensembles pluripartites[2274]. S'agissant des groupes entre deux mêmes parties, la cour d'appel de Paris a pu décider que « (…) la vente et la "reprise" entre les mêmes parties d'une même marchandise ont constitué à l'évidence des conventions complémentaires ou à tout le moins connexes ; (…) ». Par ailleurs, la seconde phase de l'opération « (…) n'était que la suite et la conséquence de la première […] »[2275]. Une décision ultérieure[2276], rendue cette fois-ci par la Cour de cassation, est parvenue à une conclusion similaire considérant les contrats comme « (…) indissociables en vue d'assurer la viabilité économique de l'opération et (…) la soumission à l'arbitrage concernait tous les litiges et divergences pouvant naître du contrat de coopération ou en liaison avec celui-ci, comme l'était le contrat de fourniture, de sorte que la clause compromissoire était tacitement mais nécessairement incluse dans le [second contrat] »[2277].

618. – L'approche subjective : l'unité économique sous un autre angle. L'unité économique de l'opération peut également être envisagée sous un autre angle, c'est-à-dire comme reflétant l'intention des parties, ce qui rejoint finalement l'approche subjective[2278]. Par exemple, la cour d'appel de Paris a considéré que les contrats conclus successivement indiquaient « (…) que la volonté implicite des parties a été nécessairement d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux aux composantes indissociables, pouvant survenir entre elles à propos de leur exécution »[2279]. En d'autres termes, l'indivisibilité de plusieurs contrats peut tout

---

[2270] V. par ex., Paris, 19 mai 1993 : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson. Le terme est utilisé par la doctrine en matière d'arbitrage : J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage et les tiers, 3. Le droit de l'arbitrage, Les solutions juridictionnelles : Rev. arb.* 1988, p. 515.

[2271] Paris, 7 déc. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 245, note Ch Jarrosson ; *RTD com.* 1995, 401, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

[2272] D. Cohen, *Arbitrage et groupes de contrats : Rev. arb.* 1997, p. 471.

[2273] Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, 501, note Li-Kotovtchikine ; *RTD com.* 2001, 59, obs. Loquin ; *Gaz. Pal.* 2001, n^{os} 119 à 123, 46.

[2274] V. *supra*, n° 610.

[2275] Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 501, spéc. p. 503-504, note Li-Kotovtchikhine.

[2276] Cass. 1re civ., 30 mars 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 959, note C. Seraglini.

[2277] Cass. 1re civ., 30 mars 2004, préc. ; V. aussi : Paris, 26 oct. 1995 : *Rev. arb.* 1997, p. 553, pour un cas où l'idée d'indivisibilité s'est appliquée à une situation pluripartite.

[2278] F. Mantilla-Serrano, *Chapter 1. Multiple Parties and Multiple Contracts : Divergent or Comparable Issues?, in* B. Hanotiau et E. A. Schwartz (éds), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 7, International Chamber of Commerce, 2010.

[2279] Paris, 23 nov. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 501, note Li-Kotovtchikhine.

à la fois être objective et résulter d'un constat objectif ou être subjective et refléter l'intention des parties.

619. – L'approche subjective à partir de la connaissance de la clause. L'approche subjective comprend également l'acceptation implicite *via* l'implication dans l'opération. Le raisonnement le plus souvent retenu est de partir de l'implication du « tiers cocontractant » dans le contrat contenant la clause pour faire présumer sa connaissance de ladite clause, d'où découlera une présomption d'acception[2280]. Cela a notamment été le cas dans une opération de transports impliquant plusieurs contrats, dont l'un contenait une clause d'arbitrage à laquelle le transporteur n'était pas partie, mais où la Cour de cassation a pu considérer que ce dernier, en exécutant le contrat litigieux en connaissance de cause, a ratifié, par exécution, ce contrat, y compris la clause d'arbitrage qu'il contient[2281]. De manière générale, dès lors qu'une partie est directement impliquée dans l'exécution du contrat, et que sa situation et ses activités font présumer qu'elle avait connaissance de la clause compromissoire et de sa portée, la partie est tenue par cette clause compromissoire[2282]. Ainsi le principe, désormais fermement établi en jurisprudence, au départ issu des groupes des sociétés et selon lequel « la convention d'arbitrage doit être étendue à un tiers qui s'implique dans l'exécution du contrat qui la contient »[2283], a vocation à s'appliquer à toute situation d'imbrication contractuelle insistante, y compris et *a fortiori* dans le cadre d'un groupe de contrats où un tiers sera souvent étroitement associé à une opération de grande ampleur et où son contrat sera lié aux autres contrats de l'opération. Finalement, l'indivisibilité peut être considérée comme un mécanisme subjectif d'extension.

D. – Le droit comparé

620. – Bien qu'il ne soit pas la norme dans la plupart des pays où l'étendue de la clause compromissoire, sur le fond comme sur la forme, demeure restrictive, on retrouve ce régime libéral de la clause compromissoire face aux non-signataires, et notamment selon un schéma contractuel, dans la jurisprudence de quelques autres juridictions qui méritent de s'y pencher : les États-Unis et la Suisse. Il n'est guère que le droit péruvien qui, dans la loi elle-

---

[2280]Paris, 26 nov. 2019, n° 18/20873, *Axa France IARD* : *Dalloz actualité*, 28 janv. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; Paris, 26 févr. 2013, n° 11/17961 : *Rev. arb.* 2014. 82, note P. Duprey et C. Fouchard; même si la jurisprudence exige parfois et la connaissance et l'acceptation : Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Kout Food Group* : *Rev. arb.* 2020. 701, note E. Gaillard ; *Cah. arb.* 2020, p. 61, note P. Rosher *JDI* 2021. 153, note J.-B. Racine ; *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay ; Dalloz Actualité, 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; parfois, ni l'une, ni l'autre n'est exigée : Cass 1re civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842, ABS, *D*. 2007. 2077, obs. X. Delpech, note S. Bollée ; *ibid*. 2008. 180, obs. T. Clay; RCDIP 2007. 798, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2008. 541, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2007. 677, obs. E. Loquin; *Rev. arb.* 2007. 785, note J. El-Ahdab ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, note F. Parsy ; *JCP* 2007. II. 10118, note C. Golhen ; *ibid.* I. 168, § 11, obs. C. Seraglini ; *ibid.* I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA* 2007, n° 160, note A. Malan ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2007. 6, note F.-X. Train ; *CCC* 2007. 166, note L. Leveneur ; Paris, 2 mars 2021, n° 18/16891, Rotana : *Dalloz Actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques,

[2281]Cass. 1re civ., 25 juin 1991 *: Rev. arb.* 1992, p. 73, note D. Cohen.

[2282]Paris, 7 déc. 1994 : *Rev. arb.* 1996, p. 265, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1995, 401, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin. – CA Paris, 22 mars 1995 : *RTD com.* 1996, 247, obs. Dubarry et Loquin où la cour d'appel de Paris, après avoir rappelé son considérant habituel, constate que la société demanderesse « s'est bornée à acquérir par l'intermédiaire de sous-traitants » les produits litigieux « pour qu'ils soient incorporés dans l'édifice dont elle avait commandé la réalisation » et en déduit : « qu'étant ainsi demeurée étrangère à l'exécution d'une convention dont elle n'a pas eu connaissance et qu'elle n'a jamais ratifiée » cette société « ne saurait se voir opposer la clause d'arbitrage qu'elle contient ».

[2283]V. en dernier lieu : CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020, n° 17/22943, *KFG : JDI* janv.-févr. 2021, p. 150, note J.-B. Racine.

même, consacre le principe selon lequel « la convention d'arbitrage comprend toutes les personnes dont le consentement à se soumettre à l'arbitrage est apprécié de bonne foi par leur participation active et déterminante à la négociation, la signature, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la convention d'arbitrage ou auquel la convention est liée. Il englobe aussi tous ceux qui cherchent à invoquer des droits ou bénéfices du contrat, conformément à ses stipulations »[2284].

621. – Le régime de la clause compromissoire face aux non-signataires de clause d'arbitrage est développé par différentes juridictions de plusieurs pays.

1° Le droit des États-Unis

622. – Aux États-Unis, par exemple, il est admis qu'un non-signataire d'une convention d'arbitrage puisse être lié par celle-ci, s'il a manifesté son intention de recourir à l'arbitrage et qu'une autre partie s'est reposée sur cette conduite ou par d'autres principes de droit commun des contrats, tels que l'incorporation par référence, le principe de l'estoppel, ou le mandat[2285]. S'il ne s'agit pas toujours de situations où les différents protagonistes sont liés entre eux dans le cadre d'un ensemble contractuel, l'imbrication contractuelle, sans être un fondement *per se*, offre souvent le cadre privilégié pour lier un non-signataire[2286].

2° Le droit suisse

623. – En Suisse, la jurisprudence, sans être aussi libérale qu'en France, admet depuis bien longtemps qu'une clause d'arbitrage peut lier des non-signataires sous certaines conditions[2287]. Un rayonnement de la clause d'arbitrage est notamment possible lorsqu'un tiers interfère dans l'exécution d'un contrat[2288]. En effet, il est alors supposé que ce tiers a accepté la clause d'arbitrage contenue dans le contrat par une action implicite. Même si, en général, du point de vue suisse, un tiers s'impliquant dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage est réputé avoir adhéré à la clause[2289], le Tribunal fédéral suisse a toutefois ajouté qu'en cas de doute sur l'existence du consentement du non-signataire, une interprétation restrictive devait être observée : il

---

[2284]Loi péruvienne sur l'arbitrage, 27 juin 2008, art. 14 ; Decreto Legislativo de 2008, n° 1071.

[2285]*GE Energy Power Conversion France SAS, Corp* v. *Outokumpu Stainless USA, LLC*, 140 SCt 1637, 1642 (2020) ; *Washington Mutual Finance Group, LLC* v. *Bailey*, 364 F.3d, 364 F.3d 268 (5th Cir., 2004) ; *Bridas S.A.P.I.C.* v. *Government of Turkmenistan*, 345 F.3d 361-62 (5th Cir., 2003) ; *Thomson-CSF, SA* v. *American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir., 1995) ; *E.I. DuPont de Nemours & Co.* v. *Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates*, SAS, 269 F.3d 195-97 (3d Cir., 2001). – V. Michael et P. Daly, *Come One, Come All : The New and Developing World of Nonsignatory Arbitration and Class Arbitration*, 62 U. Miami L. Rev. 95, 96 (2007), p. 99. – Tae Courtney, *Binding non-signatories to international arbitration agreements : raising fundamental concerns in the United States and abroad : Richmond Journal of Global Law & Business* 2009, vol. 8(4), p. 587. – J. M. Townsend, *Non-Signatories in International Arbitration : An American Perspective*, Kluwer Law International, 2007, 13 ICCA Congress Series, p. 359. – T. Zuberbuhler, *Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate : Bull. ASA* 2008, vol. 26, p. 18-34.

[2286]*Keytrade USA, Inc.* v. *Ain Temouchent M/V*, 404 F.3d 891, 896-97 (5th Cir. 2005) ; *Harvey* v. *Joyce*, 199 F.3d 790 (5th Cir. 2000).

[2287]J. Burda, *The participation of third parties to arbitration under Swiss law : International Business Law Journal* 2011, 5, p. 515-530. – J.-F. Poudret, *L'extension de la clause d'arbitrage. Approches française et suisse : JDI* 1995, p. 893. – J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, nos 250 et s. – P. Fischer, *When can an arbitration clause be binding upon non-signatories under Swiss law? : Jusletter* 4 janv. 2010, p. 1.

[2288]Trib. féd. suisse, 17 avr. 2019, n° 4A_646/2018, BGE 145111 199 : *Rev. arb.* 2019, p. 1196, note P.-Y. Tschanz et F. Spoorenberg ; *Bull. ASA* 4/2019, p. 212. – Trib. féd. suisse, 16 oct. 2003, 4P_115/2003 : *Bull. ASA* 2004, p. 364.

[2289]Trib. féd. suisse, 7 avr. 2014, n° 4A_450/2014.

s'agit, en effet, de tenir compte du fait que la renonciation à l'accès à la justice étatique limitait considérablement les voies de recours, une intention de renonciation ne pouvant donc pas être acceptée facilement[2290]. Ainsi, dans un arrêt de novembre 2020[2291], le Tribunal fédéral suisse a estimé qu'un sous-traitant, non-signataire du contrat principal, ne s'était pas immiscé dans le contrat principal du fait de sa participation à certaines réunions des parties au contrat principal, ce qui rendait impossible l'extension à son égard de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal. En Suisse, un sous-traitant n'a donc qu'un risque limité à être entraîné dans un arbitrage entre les parties au contrat principal.

§ 2. – Le rayonnement dans le cadre de relations triangulaires

624. – Une relation triangulaire[2292] se caractérise par la coexistence de rapports juridiques entre une personne A et une personne B, entre une personne A et une personne C mais aussi entre les personnes C et B. Différents types de relations triangulaires seront ici évoqués : la stipulation pour autrui (A), d'autres contrats tripartites (B), ainsi que le cautionnement (C) et les garanties autonomes (D).

A. – La stipulation pour autrui

625. – Définition de la stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est une opération à trois personnes par laquelle un contrat conclu entre une personne, le stipulant, et une autre personne, le promettant, oblige celle-ci au profit d'une troisième personne, le tiers bénéficiaire, qui bénéficiera d'un droit direct sur le promettant[2293]. Dans les rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire, la stipulation pour autrui crée un droit direct et de nature contractuelle contre le promettant. On retrouve ce mécanisme dans de nombreux schémas d'assurance, de succession ou de fiducie.

626. – L'évolution jurisprudentielle. L'extension de la clause compromissoire au tiers bénéficiaire a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle. D'abord, rejetée par la Cour de cassation[2294], il a ensuite été décidé que seul le tiers bénéficiaire pouvait l'opposer au promettant mais pas l'inverse[2295]. Finalement, par revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a considéré dans un arrêt de principe que « la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif »[2296].

[2290]Trib. féd. suisse, 17 janv. 2013, n° 4A_244/2012.

[2291]Trib. féd. suisse, 13 nov. 2020, n° 4A_124/2020 ; V. aussi : Trib. féd. suisse, 16 févr. 2017, n° 4A_473/2016.

[2292]V. la remarquable thèse de C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, ss dir. M. Behar-Touchais, Rouen, 1999.

[2293]C. civ., art. 1205 à 1209 nouveaux.

[2294]Cass. com., 4 juin 1985 : *Bull. civ.* 1985, IV, n° 78 ; *Defrénois* 1986, 788, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1986, p. 593, obs. J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987, p. 139, note Goutal.

[2295]Cass. 1re civ., 20 oct. 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 559.

[2296]Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 03-11.983 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 368, p. 315 ; *BRDA* 2006, n° 19, p. 2 ; *JCP* G 2006, IV, 2781 ; *Rev. arb.* 2006, p. 969, note C. Larroumet.

627. – Droit comparé. Outre le droit français, il semble y avoir un consensus international quant à l'extension de la clause compromissoire au tiers bénéficiaire *via* le mécanisme de la stipulation pour autrui. En effet, de nombreux autres pays adoptent une approche similaire, notamment les États-Unis[2297], l'Angleterre[2298] et Singapour[2299] et d'autres pays de droit civil.

B. – Dans le cadre d'un contrat de transport maritime

628. – Contrat de transport maritime et arbitrage. Les contrats de transports et notamment en matière maritime peuvent donner lieu à plusieurs contrats et permettent la rencontre de plusieurs intervenants tels que le chargeur, le transporteur et le destinataire. Par ailleurs, il est fréquent qu'une clause compromissoire soit insérée dans un connaissement maritime, titre qui définit les droits et obligations des parties au contrat de transport, spécialement le transporteur et le chargeur. Le destinataire est à l'origine un tiers et ne devient partie au contrat de transport qu'à partir du moment où celui-ci s'achève, en principe au moment où il prend livraison de la marchandise. Ainsi, la question qui se pose ici est de savoir si la clause compromissoire insérée dans le contrat entre le chargeur et le transporteur peut être étendue au destinataire (ou à son assureur subrogé). Or, le plus souvent, le destinataire est demandeur à une action en responsabilité contre le transporteur en vue d'une indemnisation du préjudice subi (avaries, non-livraison, *etc.*) devant le tribunal du lieu de la livraison tandis que le transporteur invoquera la compétence du tribunal arbitral désigné dans la clause compromissoire litigieuse.

629. – Évolution de la jurisprudence. La jurisprudence a semblé être réfractaire à l'extension de la clause compromissoire au destinataire en considérant que cette dernière ne lui était pas opposable puisque le destinataire ne l'avait pas acceptée[2300]. Toutefois, dans un arrêt postérieur la Cour de cassation a admis l'extension en se fondant notamment sur le caractère habituel de l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat de transport maritime[2301]. En ce sens, les juges ont pu ajouter que ce caractère habituel permettait de déduire le consentement du destinataire à une telle clause[2302]. De la même manière, que les clauses de la charte-partie sont opposables aux détenteurs successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et enfin les assureurs n'apportaient pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage[2303].

[2297] *Restatement (Second) of Contracts*, §302/304 (1981) ; V. aussi : *Cargill* v. *M/T Pavel Dybenko* 991 F 2d 1012, 1994 AMC, 225 at 1020.

[2298] *Contracts (Rights of Third Parties) Act* [s.8.1], sachant que cette loi n'a guère eu le succès escompté, du moins sur le plan arbitral ; V. aussi *Nisshin shipping Co ltd* v. *Cleaves & Co Ltd* [2003] EWHC 2602 (Comm) ; [2003] 2 CLC 1097.

[2299] *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, art. 9.

[2300] Cass. com., 20 juin 1995, *Sté Mediterranean Shipping Co* v. *GAFL assurance et a. : Rev. arb.* 1995, p. 622, note J.-L. Goutal.

[2301] Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-10.087 : *Bull. civ.* 2005, I, 420 ; *Rev. arb.* 2006, p. 437, note O. Cachard ; *JCP* G 2006, II, p. 10046, note C. Humann ; *JCP* G 2006, I, 1. La jurisprudence ne différencie pas réellement son approche selon que le groupe de contrats ou non été conclus par les mêmes parties.V. *supra*, n° 606.

[2302] CA Paris, 1re ch., 10 avr. 2008, n° 06/11317 : *Rev. arb.* 2008, p. 828 ; *JCP* E 2008, n° 21.

[2303] Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 05-18.681 : *Bull. civ.* 2006, I, 365, p. 313 ; *Rev. arb.* 2006, p. 893.

C. – Le cautionnement

630. – Refus d'extension à la caution. La question est ici essentielle : la clause compromissoire prévue dans le contrat principal liant le débiteur principal au créancier peut-elle être étendue à la caution, tierce à ce contrat ? On pourrait concevoir que le caractère accessoire du contrat de cautionnement justifie que les clauses compromissoires soient opposables à la caution, tenue comme le débiteur principal en cas de défaut de ce dernier. La jurisprudence française reste cependant opposée, depuis un arrêt du 22 novembre 1977[2304], à l'extension de la clause compromissoire à la caution. La solution est généralement justifiée par le fait que la caution n'est pas partie au contrat principal et n'y adhère pas, ses obligations résultant du seul contrat de cautionnement. Il reste que la solution ne se concilie pas aisément avec le principe de l'opposabilité des exceptions qui prévaut en matière de sûretés personnelles accessoires, comme l'est le cautionnement. Toutefois, même si cela ne vise pas directement l'extension de la clause compromissoire, la Cour de cassation a quelque peu atténué cette solution et a admis la possibilité pour la caution d'exercer une tierce opposition à l'encontre de la sentence[2305] et que la sentence était opposable à la caution[2306].

D. – Les garanties autonomes

631. – Refus d'étendre la clause compromissoire au garant. La jurisprudence française, par plusieurs arrêts assez tranchés[2307], a refusé l'extension de la clause compromissoire au garant. Elle considère qu'il s'agit d'engagements autonomes par rapport au contrat de base pour l'exécution duquel elles ont été fournies et sont régies par les seules dispositions gouvernant la garantie indépendante. C'est donc, contrairement à la règle inverse qui prévaut pour les sûretés accessoires et qui n'est pourtant pas appliquée pour les cautionnements, le strict respect de l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport de base qui prime pour justifier le fait que la clause ne peut rayonner au-delà de ce cadre circonscrit. La cour d'appel de Paris a également refusé d'étendre la clause compromissoire à une société garante d'une société, signataire d'une clause compromissoire et appartenant au même groupe qu'elle[2308].

§ 3. – Le rayonnement de la clause à un tiers dans le cadre de relations sociétaires

632. – Plan. Un des cas de figure majeurs de l'extension de la clause d'arbitrage, et par ailleurs l'un des plus surprenants, se trouve dans le cadre de relations sociétaires. L'hypothèse de départ est toujours identique : seules les parties à la convention d'arbitrage sont tenues par celle-ci, alors pourtant que ces parties peuvent être placées dans des relations sociétaires intimes, justifiant, par exemple, l'extension de la clause

---

[2304] Cass. com., 22 nov. 1977 : *Rev. arb.* 1978, p. 463, Ph. Fouchard.
[2305] Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-16.644 : *Rev. arb.* 2015, p. 1122, M. Mignot.
[2306] Cass. 1re civ., 5 mars 2014, n° 12-24.213 : *Rev. arb.* 2014, p. 405, M. Mignot.
[2307] Cass. com., 20 déc. 1982 : *D.* 1983, p. 365, note M. Vasseur ; *Rev. arb.* 1984, p. 477, note B. Moreau. – CA Paris, 14 déc. 1987 : *Rev. arb.* 1989, p. 240, note M. Vasseur.
[2308] CA Paris, 7 juill. 1994 : *Rev. arb.* 1995, p. 107, note S. Jarvin.

compromissoire conclue par une société fille à la société mère ou à une société sœur. Dès lors, différents fondements interviennent pour admettre une extension dans ce type de relations, comme la volonté implicite des parties ou la sanction d'un comportement (A). Ce type d'extension intervient dans le cas de groupe de sociétés (B), et envers les acteurs de la vie sociétaire (C).

A. – Les fondements du rayonnement dans les relations sociétaires

633. – Fondement consensuel. Le premier fondement de l'extension est le fondement consensuel qui consiste à vérifier, au regard du rôle joué par le non-signataire dans l'opération, si ce non-signataire est une « véritable partie » au contrat, c'est-à-dire s'il a participé activement et en connaissance de cause à l'opération en cause. Ce fondement est parfois formulé sans référence explicite à la connaissance et à la volonté des parties, comme le démontre cette formule fréquemment utilisée : « (…) attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »[2309]. Dans d'autres arrêts, les juges font explicitement référence à la connaissance des non-signataires[2310]. Cette connaissance est souvent présumée à partir de l'implication dans l'opération. Ainsi, la société filiale non signataire jouant le rôle d'intermédiaire entre les signataires avant et pendant l'exécution du contrat est présumée avoir connaissance de la clause d'arbitrage prévue au contrat[2311]. De même, le dirigeant sera présumé avoir connaissance de la clause compromissoire contenue dans le règlement intérieur de la société[2312] et l'associé sera présumé avoir connaissance de la clause d'arbitrage contenue dans les statuts de la société[2313].

634. – Objectivisation ? Ce raisonnement consensuel s'appuie sur le principe de validité et d'efficacité propres de la convention d'arbitrage, autrefois cité de manière autonome, presque de manière mécanique, et sans véritable justification. Il semble désormais que la jurisprudence s'appuie en fait sur l'idée d'autonomie de la clause d'arbitrage pour appliquer la règle matérielle de l'extension reposant sur l'implication du non-signataire dans l'opération[2314]. La formulation suivante : « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter »[2315], faisant ainsi référence à l'unité du litige, que l'on retrouve aussi sous l'angle des groupes de contrats (V. *supra*, n° 615). Depuis le décret de 2011 qui a consacré le principe d'efficacité dans l'arbitrage, la jurisprudence relative à l'extension[2316] utilise plus fréquemment ce fondement.

[2309]Cass. 1re civ., 27 mars 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 129 ; *JDI* 2007, p. 968, note C. Legros ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée. Pour une formulation similaire, V. CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688.

[2310]Paris, 19 oct. 2007, n° 06/20561 : *JurisData* n° 2007-358960.

[2311]Paris, 19 oct. 2007, préc.

[2312]Cass. 1re civ., 22 oct. 2008 : *Rev. sociétés* 2009, 363, note Saintourens ; *RTD com.* 2009, 149, note Champaud et Danet ; *JCP* E 2009, 1072, note Ortscheidt ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, 360, note Le Cannu.

[2313]Cass. com., 8 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 709, note Train.

[2314]Paris, 30 nov. 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 691, note Tschaz ; *Rev. sociétés* 1989, p. 88, note Guyon.

[2315]Paris, 7 mai 2009 : *LPA* 2009, n° 160, 10. – Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688 ; V. aussi la thèse de L. Bernheim van de Casteele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.

[2316]Paris, 7 mai 2009, n° 08/02025 : *LPA* 2009, n° 160, 10. – Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688. V. aussi Paris, 18 déc.

635. – Le fondement reposant sur une logique de sanction. Indépendamment du fondement consensuel, il semble se dégager un autre fondement de l'extension de la clause d'arbitrage particulièrement au sein de groupes de sociétés (V. *infra*, n° 637) qui s'appuie sur une logique de sanction[2317]. Ce fondement vise à sanctionner le non-signataire dans les cas de fraude[2318] ou de confusion créée par ce dernier à l'égard des parties au contrat. Pour autant, la logique derrière ce fondement rejoint celle du fondement consensuel, puisque l'on recherche les « véritables » parties au contrat. En effet, l'idée reste toujours de rechercher quelle partie décisionnaire se cache derrière le signataire. Au-delà de la fraude, la jurisprudence a également eu recours à la « théorie de l'apparence » pour sanctionner la confusion entretenue par un non-signataire et une partie signataire aux yeux de l'autre cocontractant qui croyait contracter avec une seule et même partie[2319]. Les juges se sont également appuyés sur le principe de bonne foi pour étendre la clause aux non-signataires[2320].

636. – Droit comparé. Dans d'autres systèmes juridiques, notamment aux États-Unis[2321] ou en Angleterre[2322], la théorie de l'*alter ego* est parfois retenue, à titre de sanction et comme fondement pour lier un tiers à une convention d'arbitrage. Contrairement au droit suisse, qui accepte également l'extension de la clause compromissoire par le biais d'une percée du voile social[2323], en droit anglais l'extension de la clause compromissoire à travers cette doctrine reste toutefois très rare[2324].

B. – Le rayonnement de la clause compromissoire dans le cadre d'un groupe de sociétés

637. – Définition malaisée du groupe de sociétés. On définit classiquement le groupe de sociétés comme un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes, mais formant une même unité économique et dépendant d'un pouvoir commun. À titre d'exemple, il existe des hypothèses où une société mère ou une autre filiale que la société signataire d'un contrat contenant une convention d'arbitrage ait un intérêt financier dans l'opération juridique envisagée. Ainsi, il peut arriver que cette société intéressée participe à la négociation, la conclusion ou encore à l'exécution du contrat. Dès lors, la société ayant matériellement signé le contrat pourrait ne pas être

---

2018 : *Cah. arb.* 2019, 830, note Pedone.

[2317] V. not. Paris, 22 mai 2008, *Abella : Rev. arb.* 2008, p. 730, note F.-X. Train. – Cass. 1re civ., 6 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *JCP* G 2010, 1286, obs. J. Ortscheidt ; *Cah. arb.* 2011, p. 443, note J.-B. Racine ; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. Clay.

[2318] Paris, 11 janv. 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 95, note D. Cohen. – Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 73, note D. Cohen.

[2319] Paris, 7 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 288, note D. Bureau. – Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 : *Bull. civ.* 2012, IV, 2012, n° 121 ; *Dr. sociétés* 2012, n° 10, obs. R. Mortier.

[2320] Paris, 13 mars 2003 : *Cah. arb.* 2003, p. 22.

[2321] *Anderson* v. *Abbott*, 321 U.S. 349, 362 (U.S. S.Ct. 1944) ; *United States* v. *Bestfoods*, 524 U.S. 51, 69 (U.S. S.Ct. 1998).

[2322] *VTB Capital plc* v. *Nutritek Int'l Corp.* [2013] UKSC 5 (U.K. S.Ct.) ; *Nova (Jersey) Knit Ltd* v. *Kammgarn Spinnerei GmbH* [1977] 2 All ER 463 (House of Lords) ; *Roussel-Uclav* v. *Searle & Co*, 6 oct. 1977 [1978] 1 Lloyd's Rep. 225 ; YCA, vol. IV, 1979, p. 317 ; V. dans le même sens : High Court of Justice, QBD, 19 mars 1984 : *YCA*, vol. X, 1985, p. 504 ; *Etri Fans* v. *N.M.B.* (UK) Ltd [1987] 2 All ER 763.

[2323] Par ex. : Trib. féd. suisse, 25 août 2009, n° 4A_160/2009.

[2324] Pour un exemple saisissant de contraste, sur cette question de l'extension de la clause au sein d'un groupe d'entités, entre les deux côtés de la Manche, V. l'affaire *Dallah* (V. *supra*, n° 462).

véritablement l'unique partie au contrat. Outre la relativité des contrats, un autre obstacle que le rayonnement doit ici franchir est celui posé par l'indépendance et la personnalité juridique de chaque société membre du groupe. Pourtant là encore, l'agilité du droit de l'arbitrage parvient à se défaire de certains carcans, qui ailleurs sont signes de sécurité juridique incontestable, mais, dans un cadre procédural, freine un règlement efficace et flexible du litige à trancher par un tribunal arbitral.

On le sait, s'il constitue une réalité prégnante, un « phénomène devenu incontournable »[2325], le « groupe de sociétés », en droit français comme dans la plupart des juridictions d'ailleurs (sauf peut-être le droit allemand), ne répond pas à une définition précise qui renverrait à un régime juridique propre et autonome et faisant du « groupe » une entité – avec des droits et obligations – incorporant les personnes morales qui y appartiennent. Cela vient sans doute du fait que la notion même de « groupe »[2326] est, presque de façon inhérente, aux contours imprécis, et renvoie à des problématiques de définition du contrôle (V. not. C. com., art. L. 233-1) qui varie grandement d'un domaine à l'autre, sociétaire bien sûr, mais aussi concurrentiel, comptable, fiscal, financier, social… sans même parler de la notion d'« intérêt social » du groupe à géométrie variable[2327]. Certes, le droit fiscal (V. CGI, art. 223 A, sur l'intégration fiscale), du travail (V. par ex., C. trav., art. L. 1231-5 sur la réintégration d'un salarié d'une filiale étrangère) ou même des procédures collectives (V. not. C. com., art. L. 621-2 et L. 631-7 pour l'extension d'une procédure à une autre société du groupe), parmi d'autres, prennent parfois en compte le groupe, respectivement, comme un seul contribuable, employeur ou débiteur failli. Malgré ces reconnaissances parcellaires et qui restent de l'ordre de l'exception, notamment en cas d'abus de personne morale, par exemple en cas de confusion de patrimoines ou d'immixtion[2328] : une société ne répond pas des dettes de sa filiale[2329], pas plus que, sur le terrain procédural, un groupe de sociétés ne dispose d'une capacité pour agir en justice, dans le sens où une société mère ne pourrait agir en lieu et place de sa filiale[2330]. Comme l'a parfaitement résumé un auteur autorisé, la loi en matière de droit des sociétés « est fondée sur le postulat de l'indépendance des sociétés » et « les sociétés d'un même groupe doivent être considérées comme des tiers les unes par rapport aux autres »[2331]. Le droit de l'arbitrage, pourtant, ne retient pas vraiment cette approche cloisonnée.

638. – Le rayonnement de la clause compromissoire dans les groupes de sociétés. Lorsque, dans un groupe de sociétés, un contrat est conclu avec une ou certaines des sociétés du groupe, comprenant une clause compromissoire, les autres sociétés du groupe, non signataires du contrat, peuvent, selon les circonstances, être considérées comme liées par cette clause parce qu'elles ont joué un rôle particulier dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause

---

[2325]V. Fiches d'orientation *Dalloz Avocats*, V° *Groupe de sociétés*, août 2020.

[2326]Le CNRTL le définit comme un « ensemble d'êtres animés ou de choses rapprochés formant un tout », tandis que l'italien *groppo* renvoie à la notion de nœud et l'allemand *kruppa* à celle de masse arrondie.

[2327]V. la célèbre jurisprudence *Rozenblum* en matière d'abus de droits sociaux : Cass. crim., 4 févr. 1985 : *JCP* G 1986, II, p. 20585, note J. Didier ; mais V. aussi plus récemment : Cass. com., 22 mai 2019, n° 17-13.565.

[2328]G. Le Noach, *L'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale : Bull. Joly Sociétés* sept. 2020, n° 9, p. 54.

[2329]Cass. com., 5 mai 1982 : *Bull. civ.* 1982, IV, n° 156. – Cass. com., 30 mai 1995 : *Rev. sociétés* 1995, p. 772, obs. Y. Guyon.

[2330]Cass. com., 4 nov. 1987 : *Bull. civ.* 1987, IV, n° 225, p. 167 ; *Rev. sociétés* 1988, 393, note Le Cannu ; *JCP* G 1988, II, 21087, obs. L. Cadiet. – Cass. com., 17 déc. 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 186, note Hannoun.

[2331]Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 2003, n^{os} 580 et 650.

compromissoire[2332]. Selon leur degré d'implication, on les considérera comme des parties au contrat, par extension, ou comme étant concernées par les litiges qui peuvent en découler.

Si la logique qui consiste à lier une société à une autre société d'un même groupe se retrouve donc dans différentes matières du droit français, en droit de l'arbitrage, l'expression de « doctrine des groupes de sociétés » est aujourd'hui sans doute justement trop théorisée, presque galvaudée, et fréquemment utilisée en droit comparé, pour tenter de rendre compte (souvent de manière abusive), des spécificités libérales du droit français de l'arbitrage et tenter de regrouper tous les cas d'extension de la clause d'arbitrage en présence d'un groupe de sociétés, et même parfois au-delà. Pourtant, en pratique, les tribunaux français se sont rarement appuyés sur ce terme pour fonder une solution d'extension à un groupe de sociétés[2333]. En réalité c'est un contexte précis utilisé de manière factuelle, au soutien de deux fondements principaux d'extension de la clause : la volonté implicite des parties et la sanction.

639. – Le point de départ du rayonnement : extension à la société mère. L'une des premières décisions admettant l'extension de la clause compromissoire signée par un membre d'un groupe de sociétés aux autres sociétés du groupe non-signataires est l'affaire dite *Dow Chemical*[2334]. Dans cette affaire, par des contrats successifs comprenant une clause d'arbitrage, deux filiales du groupe américain *Dow Chemical* avaient confié à trois sociétés françaises la distribution en France des produits destinés à l'isolation thermique. À la suite de difficultés relatives à l'exécution de ces contrats, la société mère et une autre filiale du groupe *Dow Chemical*, qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage, mais qui avaient effectué certaines livraisons prévues par les

---

[2332] I. Fadlallah, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, Travaux comité fr. DIP, 1984-1985, Paris, 1987, p. 105-122. – A. Chappelle, *Le droit des personnes morales (groupes de sociétés ; interventions d'États) : Rev. arb.* 1988, p. 475-493. – M. Blessing, *Extension of the scope on an arbitration clause to non-signatories*, in *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects : Bull. ASA* 1994, special series, n° 8, p. 151. – E. Stauffer, *L'extension de la portée de la clause arbitrale à des non-signataires*, in *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects : Bull. ASA* 1994, special series, n° 8, p. 229. – Y. Derains et S. Schaf, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés : RD aff. int.* 1985, p. 231-238. – Y. Derains, *L'extension de la clause d'arbitrage aux non-signataires : la doctrine des groupes de sociétés : Bull. ASA* 1994, special series, n° 8, p. 241-243. – J.-F. Poudret, *L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse : JDI* 1995, p. 893-915. – O. Sandrock, *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-signatories*, in *Aritration Agreement : Its Multifold Critical Aspects*, *Arbitration Agreement : Its Multifold Critical Aspects : Bull. ASA* 1999, special series n° 8, p. 165. – C. Jarrosson, *Conventions d'arbitrage et groups de sociétés*, in *Arbitration Agreement : Its Multifold Critical Aspects : Bull. ASA* 1999, special series n° 8, p. 220. – P. Mayer, *Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, p. 189-199. – B. Hanotiau, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, p. 49 et s. – Th. Clay, *Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? : D.* 2003, p. 2471. – D. Busse, *Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen : SchiedsVZ* 2005, p. 118-123. – P. Mayer, *La circulation des conventions d'arbitrages : JDI* 2005, p. 251. – N. K. Kerameus, *L'engagement des sociétés d'un groupe à l'arbitrage – Une approche comparative : Rev. arb.* 2013, p. 617-632. – D. Mazeaud, *Le rayonnement des clauses processuelles : D.* 2014, p. 121. – J. P. Correa Delcasso, *La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international : Gaz. Pal.* 28 déc. 2013, n° 362. – M. de Fontmichel et M. B. Burghetto, *La circulation de la convention d'arbitrage : Cah. arb.* 2017, 3e éd., p. 27-31. – F.-X. Train, *L'extension de la clause compromissoire – Chronique des années 2012-2017 : Rev. arb.* 2017, p. 389.

[2333] V. cependant CA Versailles, 15 sept. 2005, *SAS Flakt Solyvent Ventec* c/ *SA ABB : BRDA* 1/2006 ; *RJDA* 3/2006, n° 353 ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2007 ; *Cah. arb.* 2007/3, « considérant que la clause d'arbitrage en question est opposable à la société FSV dès lors qu'elle appartenait au même groupe de sociétés que la société signataire et cédante ; qu'en outre, une telle clause peut être invoquée à l'encontre de toutes les parties directement impliquées dans la conclusion et l'exécution du contrat, leur situation et leurs activités faisant présumer qu'elles ont eu connaissance de son existence et de sa portée bien que non signataires du contrat la stipulant ».

[2334] CA Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, note Chapelle.

contrats en cause, ont saisi la CCI d'une demande d'arbitrage. Le tribunal arbitral a admis l'extension de la clause compromissoire et s'est déclaré compétent à l'égard de l'ensemble des parties[2335]. La cour d'appel de Paris a approuvé cette sentence en admettant également l'extension de la clause compromissoire[2336]. Par cet arrêt, la jurisprudence française a reconnu une nouvelle règle de droit français de l'arbitrage : la connaissance par une personne d'une convention d'arbitrage et sa participation à l'exécution du contrat qui la contient comme aux litiges qu'elle couvre suffisent à lui imposer l'arbitrage.

640. – Rayonnement à d'autres sociétés du groupe. La position affirmée par l'arrêt *Dow Chemical* a par la suite été confirmée dans d'autres cas de figure et, notamment, pour l'extension vers le bas et en direction d'une filiale, lorsque c'est la société mère qui est signataire du contrat contenant la clause compromissoire[2337]. Dans l'arrêt *ABS*, la Cour de cassation a admis l'extension d'une clause compromissoire aux filiales d'une société américaine en décidant que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »[2338]. L'extension a par la suite été acceptée pour des sociétés « sœur », liées par des liens capitalistiques et directoriaux[2339], ainsi que pour une société commune[2340].

Par ailleurs, la cour d'appel de Paris a également utilisé la théorie de l'apparence pour fonder l'extension de la clause compromissoire à une société mère[2341]. Cette théorie est souvent utilisée à titre de sanction en raison de la confusion, non nécessairement frauduleuse, entretenue par un non-signataire entre ce dernier et une partie signataire aux yeux de l'autre cocontractant qui croyait contracter avec une seule et même partie[2342].

[2335]Sent. CCI n° 4131, 23 sept. 1982 : *Rev. arb.* 1984, p. 137 ; *JDI* 1983, p. 899, note Y. Derains. En ce sens aussi : Sent. CCI n° 6519, 1991 : *Bull. CCI* 2(2) ; Sent. CCI n° 6000, 1991 : *Bull. CCI* 2(2) ; Sent. CCI n° 5103, nov. 1991 : *Bull. CCI* 2(2) ; Sent. CCI n° 5894, nov. 1991 : *Bull. CCI* 2(2) ; Sent. CCI n° 5721, mai 1992 : *Bull. CCI* 3(1) ; Sent. CCI n° 10758, 2005 : *Bull. CCI* 16(2) ; Sent. CCI n° 13696 : *Rec. sent. arb. 2012-2015*, Kluwer, p. 227, spéc. p. 258 ; Sent. CCI n° 14667, *Rec. sent. arb. CCI 2012-2015*, Kluwer, p. 470, spéc. p. 471.

[2336]CA Paris, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, note A. Chapelle : « La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application 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 contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre parties, font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait » ; V. aussi : CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020, n° 17/22943, *Sté Kout Food Group : JDI* janv. 2021, comm. 4, obs. J.-B. Racine.

[2337]CA Pau, 26 nov. 1986 : *Rev. arb.* 1988, p. 153. – CA Paris 30 nov. 1988, *Korsnas*. – CA Paris, 14 févr. 1989, *Ofer : Rev. arb.* 1989, p. 691, note P.-Y. Tschanz. – CA Paris, 1re ch. suppl., 31 oct. 1989, *Kis France : Rev. arb.* 1992, p. 90, note L. Aynès et D. Cohen. – CA Versailles, 29 nov. 2001, n° 99/07311, *Sté PT Hechytrans Tatabuana* c/ *Cie d'affrètement et de transport*. – CA Paris, 15e ch., 18 nov. 2004, n° 03/14608. – CA Versailles, 15 sept. 2005, n° 05-2131, *SAS Flakt Solyvent Ventec* c/ *SA ABB : Gaz. Pal.* 21 et 22 avr. 2006 ; *Cah. arb.* 2007/3. – CA Paris, 15e ch., 19 oct. 2007, n° 06/20561.

[2338]Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *Alcatel Business Systems* c/ *Sté Amkor Technology et a. : Bull. civ.* 2007, I, n° 129 ; *JDI* 2007, p. 968, note Legros ; *D.* 2007, p. 2077, note Bollée.

[2339]Cass. 1re civ., 7 nov. 2012 : *JCP* G 2012, p. 1354, note Seraglini ; *D.* 2012, p. 1195, obs. Clay.

[2340]Paris, 23 juin 2015 : *Rev. arb.* 2017, p. 597, sur cet arrêt, V. F.-X. Train, *L'extension de la clause compromissoire – Chronique des années 2012-2017 : Rev. arb.* 2017, p. 406.

[2341]CA Paris, 7 oct. 1999 : *Rev. arb.* 2000, p. 288, note D. Bureau.

[2342]Paris, 7 oct. 1999, préc. – Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 : *Bull. civ.* 2012, IV, n° 121 ; *Dr. soc.* 2012, n° 10, note Mortier.

C. – Le rayonnement de la clause à des acteurs de la vie sociétaire

641. – Interaction entre dirigeant et société. Si une société est considérée comme une personne juridique à part entière, elle ne peut toutefois fonctionner sans organe de direction. Ainsi, il est naturel de se demander si un dirigeant pourrait être attrait, lui aussi, par la clause compromissoire signée « fictivement » par la société mais matériellement de sa main. Il ne s'agit pas ici d'envisager l'arbitrabilité des litiges relatifs à l'engagement de sa responsabilité, mais de voir dans quelle mesure la jurisprudence a étendu une clause compromissoire en direction d'un organe sociétaire – le dirigeant – autre que les associés qui détiennent le contrôle patrimonial de la société. L'hypothèse du rayonnement pourra se poser selon que la clause est insérée dans un contrat conclu entre la société et un cocontractant tiers, ou dans les statuts de la société dont les effets peuvent déborder du cercle des associés qui y ont souscrits.

642. – Hypothèse d'un refus de rayonnement. Un arrêt du 30 octobre 2006 a refusé d'étendre la clause compromissoire à un dirigeant pris personnellement[2343]. La Cour de cassation a retenu une solution conforme au droit des sociétés selon laquelle, sauf circonstances particulières, le dirigeant agit ès qualités et n'est que le représentant légal de la société. En conséquence, seule la société, en vertu de sa personnalité morale distincte, doit être liée par la clause d'arbitrage. L'exception n'est possible que s'il existe des manœuvres de son représentant. Par ailleurs, cet arrêt est à rapprocher avec la solution précédente puisqu'il refuse également d'étendre la clause compromissoire à une autre société du groupe non signataire.

643. – Le rayonnement comme sanction de la fraude du dirigeant. Une personne, chef d'orchestre d'un groupe de sociétés, peut également être attrait dans le champ d'une clause compromissoire, alors même qu'il tenterait frauduleusement de s'en émanciper. Dans une célèbre affaire *Orri*, la société de droit français *Elf Lub* fournissait du carburant maritime à diverses sociétés, correspondant à autant de navires, propriétés d'un seul et même homme – l'homme d'affaires saoudien, M. Orri, et englobées dans le même groupe connu sous le sigle *SEL* (« Saudi Europe Lines »). À la suite d'impayés, M. Orri et la société pétrolière française se réunirent pour régler de manière informelle le différend, ce qui fut fait par la concrétisation de deux accords. Le premier constatait l'existence d'une dette globale et scellait l'engagement du premier de régler à la seconde selon un calendrier fixé le solde dû. Il était de plus formalisé sur un papier en-tête « Saudi Europe Line, S.A » et signé par M. Orri en personne. Le second, dont l'objectif était manifestement de pérenniser les relations entre les deux parties, prévoyait la fourniture de lubrifiants à SEL et contenait une clause compromissoire CCI. Il figurait également sur du papier en-tête mais était signé par un certain M. Archaniotakis, dont le nom remplaçait celui, raturé, de M. Orri, en qualité de « représentant » de Saudi Europe Line, SA. Face à la violation des engagements pris par M. Orri, la société française prit l'initiative de mettre en œuvre la clause compromissoire et donc de déclencher la procédure d'arbitrage, non seulement à l'encontre de SEL, mais également contre M. Orri lui-même. La cour d'appel de Paris avait admis l'extension de la clause compromissoire sur plusieurs fondements, et notamment la fraude par interposition de personnes ainsi que sur l'existence du groupe

---

[2343] Cass. 1re civ., 30 oct. 2006 : *Rev. arb.* 2008, p. 307, note D. Cohen.

de sociétés[2344]. Toutefois, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel sur le seul motif de la fraude par interposition de personnes, et n'a pas suivi la cour d'appel sur le fondement du groupe de sociétés[2345].

644. – La présomption de la connaissance de la clause compromissoire. L'extension de la clause se fonde principalement sur le consentement des parties non-signataires. Ainsi, la jurisprudence a admis que le dirigeant sera présumé avoir connaissance de la clause compromissoire contenue dans le règlement intérieur de la société[2346] et l'associé sera présumé avoir connaissance de la clause d'arbitrage contenue dans les statuts de la société[2347], justifiant ainsi l'extension de la clause.

645. – Extension à un dirigeant garant. La Cour de cassation a considéré dans un arrêt que le dirigeant en tant que garant de l'exécution du contrat de cession y était personnellement partie et était lié par la convention d'arbitrage[2348].

646. – Extension en raison de la double qualité de dirigeant et associé. Dans deux arrêts aux faits relativement proches, dans la mesure où la clause d'arbitrage était insérée dans les statuts d'une coopérative, la société Système U, regroupant des commerçants indépendants, les juges ont retenu l'extension au dirigeant. Pour admettre l'extension de la clause compromissoire à un dirigeant non-signataire, la Cour de cassation a déduit de sa qualité de dirigeant qu'il connaissait les dispositions et les statuts de la société Système U et les ayant acceptés, il devait être soumis à une partie des effets obligatoires produits par le contrat liant sa société et la société Système U[2349].

647. – De plus, comme dans un arrêt de 2013, la cour d'appel de Paris a relevé, au soutien de l'extension au dirigeant d'une coopérative de la clause d'arbitrage contenue dans les statuts, que « l'application du principe de bonne foi présida[i]t aux relations existant dans un système coopératif »[2350].

648. – Clause compromissoire statutaire. Il n'est plus rare que les statuts d'une société privilégient l'arbitrage comme mode de résolution des litiges entre associés de celle-ci[2351]. C'est de cette pratique désormais relativement courante qu'est partie la jurisprudence pour en faire un nouveau terrain fertile à l'extension compromissoire. La cour d'appel de Paris[2352], suivie par la Cour de cassation[2353], a retenu l'extension de la clause compromissoire insérée dans des statuts d'une société à des tiers de cette dernière. En effet, elle a considéré que ces tiers ont accepté implicitement la clause compromissoire compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement et la liquidation de la société à l'occasion de laquelle ils se sont comportés sous couvert d'une fondation comme les véritables actionnaires majoritaires de ladite société.

[2344]CA Paris, 11 janv. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 95, note D. Cohen.

[2345]Cass. 1re civ., 11 juin 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 73, note D. Cohen.

[2346]Cass. 1re civ., 22 oct. 2008 : *Rev. sociétés* 2009, 363, note Saintourens ; *RTD com.* 2009, p. 149, note Champaud et Danet ; *JCP* E 2009, 1072, note Ortscheidt ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, 360, note Le Cannu.

[2347]Cass. com., 8 nov. 2005 : *Rev. arb.* 2006, p. 709, note Train.

[2348]Cass. 1re civ., 7 oct. 2015, n° 14-17.490 : *Bull. inf. C. cass.* 1er mars 2016, n° 837 ; *Rev. arb.* 2015, p. 1226 ; v. aussi CA Paris, 17 juin 2020, n° 18/16996, *Heerebout* c/ *EHCP* où il a été décidé qu'un gérant fondateur d'une SARL se portant caution de ses engagements, pouvait se voir opposer la clause d'arbitrage contenue dans un contrat qu'il avait signé en son nom.

[2349]Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-14.630, *Tinnes* c/ *Sté Système U : Rev. arb.* 2006, p. 709, note F.-X. Train. – Cass. 1re civ., 20 sept. 2006, n° 05-10.781 : *Bull. civ.* 2006, I, 403, p. 349.

[2350]Paris, 13 mars 2003 : *Cah. arb.* 2003, p. 22.

[2351]V. *supra*, n° 339.

[2352]CA Paris, 22 mai 2008 : *Rev. arb.* 2008, p. 735, note F.-X. Train.

[2353]Cass. 1re civ., 6 oct. 2010 : *Rev. arb.* 2010, p. 813 et s., note F.-X. Train ; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. Clay.

§ 4. – Le rayonnement de la clause compromissoire à des groupements publics

649. – Les groupements publics en tant qu'agents économiques. Même si l'on note un retour en force de la puissance régalienne des autorités publiques, y compris dans la sphère économique[2354], l'explosion des échanges commerciaux internationaux depuis la fin du XX^e^ siècle a entraîné un recul du rôle de l'État, comme acteur et régulateur de l'économie. Toutefois, encore davantage à l'heure de la « démondialisation » et de l'ère post-Covid-19, il reste un acteur-clé, que ce soit directement ou à travers ses démembrements, aussi bien au niveau international[2355] que sur le plan national[2356]. L'État, par le biais de ses démembrements, a parfois expressément vocation à participer à des opérations commerciales. Cette convergence des activités des entités publiques avec celles des entités privées peut justifier l'application d'un régime de résolution des litiges similaire.

650. – Les conséquences contentieuses de cette participation économique. Dès lors que l'État et ses démembrements participent à l'activité économique de la même façon que les entités privées, il apparaît normal que l'arbitrage leur soit applicable. Les groupements publics sont en pratique fréquemment impliqués dans des arbitrages[2357]. De même, les litiges concernant les personnes publiques ne sont pas tous inarbitrables en droit français[2358].

651. – Une problématique d'extension propre ? Les personnes publiques étant des acteurs économiques et des litigants comme les autres, on peut se demander si les problématiques relatives à l'extension de la clause compromissoire à des tiers, personnes privées, se posent dans les mêmes termes pour des personnes publiques. Ainsi, de même que pour des groupes de sociétés, peut-on déterminer l'étendue et la réalité du consentement de l'État par rapport à l'un de ses démembrements ?

652. – Le cadre du rayonnement au sein de groupements publics. Il est nécessaire de définir un groupe pertinent afin d'étendre la clause compromissoire et lier les engagements d'une entité à partir de ceux d'une autre. En premier lieu, une extension à proprement parler ne doit opérer qu'en présence de personnalité juridique distincte. De plus, la question s'applique de manière générale aux groupes constitués d'un État souverain et d'une entité qui lui est rattachée, ce qui implique donc un lien vertical. Le rattachement peut s'opérer de deux façons : la première hypothèse concerne le cas où une entité publique a contracté avec un opérateur privé et l'on cherche à impliquer l'État, tiers à l'arbitrage. À l'inverse, la seconde hypothèse, en pratique bien

---

[2354] V. *supra*, n^os^ 113 et 158.

[2355] Il contracte personnellement, participe à des opérations commerciales, et intervient indirectement à travers ses fonds souverains.

[2356] Ainsi, les EPIC exercent des activités commerciales, les partenariats public-privé participent activement à la vie économique et l'État français est un actionnaire important et actif à travers notamment l'APE, la Caisse des dépôts et consignations et Bpifrance, V. *L'État actionnaire*, Rapport de la Cour des comptes, janv. 2017.

[2357] Au-delà de la spécificité de l'arbitrage d'investissement, qui a explosé depuis la fin du XX^e^ siècle, de nombreux arbitrages commerciaux concernent des États. Ainsi, la CCI montre que 11 % de ses nouvelles affaires concernent des États ou des entités étatiques en 2016, V. *2016 Dispute Resolution Statistics : Bull. CCI* 2017, col. 2, p. 106 et s. V. aussi : E. Gaillard et J. Younan, *State Entities in International Arbitration*, IAI Series No. 4, 2008.

[2358] V. *supra*, n° 285.

plus rare, concerne les cas où un contrat est conclu avec l'État et l'on cherche à impliquer une entité subalterne, généralement car elle a participé à l'opération[2359].

653. – Une similarité conceptuelle dans le rayonnement à des tiers non signataires étatiques et privés. Au vu des rapprochements précités entre opérateurs économiques privés et publics, il semblerait logique d'assimiler les groupements publics aux groupes de sociétés. À ce titre, il serait donc concevable d'appliquer aux premiers la jurisprudence et les principes dégagés à propos des seconds. L'extension de la clause compromissoire dans les groupes de sociétés est fondée sur l'intention des parties. Or cette intention peut être exprimée tacitement, notamment à travers le comportement du tiers non signataire[2360]. La jurisprudence française a ainsi établi une règle matérielle qui commande d'étendre l'application de la clause compromissoire aux « parties directement impliquées dans l'exécution du contrat »[2361]. La doctrine majoritaire considère que les notions utilisées à l'appui d'une extension de la clause compromissoire dans le cadre de groupes de sociétés ont vocation à s'appliquer de la même manière aux groupements publics[2362]. Il semble notamment fondamental de démontrer l'intention du tiers non-signataire d'être lié par la clause compromissoire[2363]. La jurisprudence relative aux groupements publics ne semble pas se démarquer. En effet, le fondement principal à l'extension d'une clause compromissoire d'un État reste la notion de consentement implicite. Ainsi, l'arrêt *Papillon* rappelle qu'il est nécessaire de démontrer l'intention du tiers d'être lié[2364]. Mais cette intention découle de l'intervention du tiers à l'opération, notamment à l'exécution du contrat, ce qui rend l'analyse éminemment casuistique[2365].

654. – Des distinctions factuelles entre personnes privées et publiques. Toutefois, la similarité conceptuelle ne doit pas masquer la nature particulière des groupements publics et les éléments factuels en jeu[2366]. Ainsi, dès lors que l'État est impliqué, il est important de distinguer ce qui relève de l'intention d'être lié par le contrat de base, et donc la clause compromissoire, du simple pouvoir administratif de

---

[2359]À titre d'exemple, dans l'affaire *Swiss Oil*, le tribunal arbitral et la cour d'appel de Paris ont considéré qu'une signature par un dirigeant d'une société nationale (Petrogab) à un contrat conclu entre une société privée et la République du Gabon ne suffisait pas à étendre la clause, car ledit dirigeant n'avait signé qu'en qualité de représentant de l'État et non au nom de l'entité, V. CA Paris, 16 juin 1988 : *Rev. arb.* 1989, p. 309.

[2360]Pour une revue de cette notion, V. par ex. Hanotiau, *op. cit.*, p. 32 et s.

[2361]V. CA Paris, 20 nov. 1988, *Kornsas Marma*. – Cass. 1re civ., 25 juin 1991, *Cotunav*, préc. ; Cass 1e civ., 27 mars 2007, ABS, *D*. 2007. 2077, obs. X. Delpech, note S. Bollée ; *ibid*. 2008. 180, obs. Th. Clay; *Rev. arb.* 2007. 785, note J. El-Ahdab ; Paris, 3-5, 2 mars 2021, n° 18/16891, *Rotana* : *Dalloz Actualité* 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques,V. not. *supra*, n° 633.

[2362]V. not. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 312. – G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 1483. – J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 243. – B. Hanotiau, *Complex Arbitrations : Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 62. – J. Lew, L. Mistelis et S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 739.

[2363]B. Hanotiau, *op. cit.*, p. 62. – Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, p. 312.

[2364]Cass. 1re civ., 29 juin 2011, n° 09-17.346.

[2365]Ainsi dans l'affaire *Dallah*, l'intervention de l'État a été analysée par les juridictions françaises comme démontrant que le gouvernement était la véritable partie (CA Paris, 17 févr. 2011 : *Rev. arb.* 2011, p. 286). À l'inverse, les juridictions anglaises saisies dans le cadre du contentieux de l'exécution de la sentence ont considéré que le même faisceau d'indices ne suffisait pas à démontrer l'intention de l'État d'être partie au contrat ([2010] UKSC 46).

[2366]V. G. Petrochilos, *Extension of the arbitration clause to non-signatory states or state entities : does it raise a difference?*, *in* B. Hanotiau et E. Schwartz (éds), *Multiparty Arbitration*, Dossier of the ICC, 2010, p. 119.

contrôle ou de supervision[2367]. Une ratification d'une autorité de tutelle, quand bien même elle prendrait la forme d'une signature au contrat, ne peut suffire à démontrer l'intention de l'État[2368]. De même, le simple fait que l'État détienne et contrôle une entité n'est généralement pas suffisant[2369]. La supervision par l'État doit s'accompagner de ce que certains ont pu qualifier de consentement quasi explicite de l'État[2370] qui pourrait découler de l'existence d'obligations substantielles à sa charge[2371], voire d'une reconnaissance expresse[2372].

655. – Une application identique : la notion de l'*alter ego*. La doctrine de l'*alter ego* ou de levée du voile social est rare en droit français. La Cour de cassation a bien admis ce cas d'extension à un tiers personne privée en cas de fraude[2373], mais la jurisprudence française ne semble pas s'être prononcée sur cette notion dans le cadre des groupements publics. Toutefois, la jurisprudence américaine l'a expressément appliqué en opérant un décalque parfait de la notion entre les groupes de sociétés et les groupements[2374].

656. – Le cas particulier de l'émanation : une fausse extension ? La notion de l'émanation d'État qui consiste à assimiler automatiquement l'État à une entité publique dépourvue d'indépendance financière et d'autonomie de gestion peut avoir pour effet d'étendre, d'une certaine manière, la clause compromissoire en faisant appel à des notions similaires, telles que l'*alter ego*. Toutefois, si l'effet était bien le même, la nature de la relation entre l'émanation et l'État justifierait une assimilation automatique des obligations contractuelles, dont le recours à l'arbitrage, au lieu d'une analyse au cas par cas comme pour une extension *stricto sensu*.

Encart 20

Les émanations publiques : une extension de l'État

657. – Notion d'émanation. L'« émanation » désigne, en droit français, des entités, distinctes et indépendantes organiquement de l'État, mais qui, ne possédant pas d'autonomie financière et de gestion sont assimilées à leur État

---

[2367]J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 532.

[2368]V. CA Paris, 12 juill. 1984 et Cass. 1re civ., 6 janv. 1987, aff. des Pyramides.

[2369]V. dans le cadre spécifique d'une émanation, Cass. 1re civ., 15 juill. 1999, n° 97-19.742, *Dumez* c/ *Irak*.

[2370]Waincymer, *op. cit.*, p. 532.

[2371]V. Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 15113, 2007 (non publiée), *in* B. Hanotiau, *The issue of non-signatory states : Am. Rev. Intl. Arb.* 2012, p. 383, dans laquelle le tribunal arbitral a étendu la clause à l'État car, outre une autorisation administrative, les faits démontraient que celui-ci était intervenu en tant que véritable partie notamment car certaines obligations substantielles ne pouvaient être exécutée que par l'État ; V. aussi sentence rendue dans l'affaire *Westland*, 5 mars 1984, aff. n° 3879, *Y.B. Com. Arb.*, 1986, p. 127.

[2372]Dans l'affaire *Svenska Petroleum*, les juridictions anglaises ont confirmé une sentence qui avait étendu la clause à un État car l'intention commune découlait du fait que le contrat imposait des obligations substantielles reconnues par l'État, qui avait non seulement ratifié le contrat mais également reconnu être légalement et contractuellement lié comme s'il était partie intégrante au contrat, V. *Svenska Petroluem Exploration AB* v. *Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529.

[2373]Cass. 1re civ., 11 juin 1991, *Orri*.

[2374]V. aff. *Bridas* v. *Turkmenistan*, 21 avr. 2006, 447 F.3d. Cela a d'ailleurs été critiqué en doctrine, V. R. Alford, *Binding Sovereign Non-Signatories : Intl. Arb. Rep.* 2004, 14.

de tutelle et soumises aux mêmes obligations que cet État. Ce concept est essentiellement utilisé dans le cadre du contentieux de l'exécution forcée afin de permettre au créancier de saisir entre les mains de cette émanation des actifs de l'État à l'encontre duquel un jugement ou une sentence a été prononcé[2375].

658. – Particularité des fonds souverains. Les fonds souverains sont emblématiques de la problématique inhérente aux émanations – notamment du fait de leur poids dans le commerce international[2376], et de leur aspect à la fois privé et public. Ces fonds d'investissement sont dits souverains[2377] car ils sont structurellement attachés à l'État : ils sont créés par des États, généralement par le biais législatif en tant que personne privée ou publique ; contrôlés par l'État aussi bien au niveau capitalistique[2378] qu'administratif, au moins en ce qui concerne l'orientation stratégique ; et financés sur des fonds publics généralement tirés des revenus de l'exploitation de matières premières ou de réserves de change. Leur aspect fonctionnel est également dual : les fonds souverains sont institués pour investir de façon analogue aux fonds d'investissement privés – généralement à l'étranger[2379]. Toutefois, la finalité de l'investissement d'un fonds souverain est bien souvent publique, leur but étant de donner corps à des stratégies d'intérêt général, en stabilisant l'économie, en assurant un transfert de richesse, *etc.* Le moyen est privé mais la finalité est publique. Cette dualité, aussi bien dans la structure que dans la fonction, justifie un rapprochement avec les émanations et les groupements publics de façon plus large[2380].

659. – Reconnaissance de l'émanation : l'insuffisance du critère organique. L'analyse part généralement de la constatation d'une personnalité juridique

---

[2375]Note B. Audit, ss CA Paris, 1er sept. 2005, *Sté Central Bank of Irak* c/ *Sté Hochtieff Aktiengesellschaft et a. : Rev. arb.* 2006, p. 214, spéc. p. 222.

[2376]À titre d'exemple, le fonds souverain norvégien a récemment dépassé le milliard de dollars d'actifs (www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-19/norway-wealth-fund-says-reached-1-trillion-in-value, consulté le 29 sept. 2017).

[2377]Bien qu'il n'existe pas de définition précise de ce que sont les fonds souverains, certains instruments internationaux ont tenté de les définir. Ainsi, la CNUCED les définit comme : « A fund which is owned by the State or the Government and which is composed of financial assets such as stocks, bonds, property, gold, currencies and other investment vehicles », *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, p. 19 ; le groupe de travail sur les fonds souverains mis en place par le FMI a adopté cette définition : « [Sovereign Wealth Funds – SWFs] are defined as special purpose investment funds or arrangements, owned by the general government. Created by the general government for macroeconomic purposes, SWFs hold, manage, or administer assets to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. The SWFs are commonly established out of balance payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatizations, fiscal surpluses, and/or receipts resulting from commodity exports », *Sovereign Wealth Funds : Generally Accepted Principles and Practices : « Santiago Principles »*, International Working Group of Sovereign Wealth Funds, Annexe I, n° 2.

[2378]Ainsi le Fonds stratégique d'investissement créé en 2008 – et maintenant intégré à Bpifrance – est détenu à 51 % par la Caisse des dépôts et à 49 % par l'APE.

[2379]L'importance de cet aspect est débattue, V. R. Bismuth, *Les fonds souverains face au droit international : Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires : AFDI* 2010, p. 567-606, spéc. p. 576.

[2380]Pour une revue générale des fonds souverains et des problèmes juridiques qu'ils posent, V. Bismuth, *op. cit.* ; V. aussi M. Audit, *Le règlement des litiges relatifs à l'activité des fonds souverains*, *in* P. Bodeau-Livinec, *Les fonds souverains : entre affirmation et dilution de l'État face à la mondialisation*, Pedone, 2014, p. 99-115.

propre, à laquelle il convient de passer outre. En effet, la théorie de l'émanation vise en premier lieu à faire fi de l'autonomie juridique pour prendre en compte l'économie générale de la structure[2381]. De longue date et de façon constante, la jurisprudence française considère qu'un seul critère dit « organique » – le contrôle ou la tutelle de l'État – est insuffisant pour assimiler une entité distincte à un État[2382] peu important sa structure capitalistique, ou la structure de sa direction[2383]. L'exercice d'une mission de service public ne suffit pas non plus à caractériser l'émanation[2384]. L'indépendance organique peut également se déduire de la responsabilité et des pouvoirs accordés aux dirigeants en matière commerciale et internationale, ce qui se manifeste par des opérations commerciales classiques[2385].

660. – Reconnaissance de l'émanation : l'absence d'indépendance fonctionnelle. À l'inverse, les juges français s'attachent à un critère dit « fonctionnel » tiré de la confusion des patrimoines entre l'entité et l'État et de l'absence d'autonomie de gestion. La prééminence de ce critère a été consacrée de manière négative de nombreuses fois[2386] et constitue l'élément déterminant de la qualification d'émanation[2387].

La Cour de cassation l'a consacré de manière positive par deux arrêts de 2007. Dans un premier arrêt en date du 6 février 2007[2388], la cour après avoir rappelé que le critère organique était caractérisé, s'est attachée à préciser ce qui constituait une absence d'indépendance fonctionnelle. En l'espèce, celle-ci était caractérisée par le fait que : l'existence d'une activité commerciale propre n'était pas démontrée, le résultat comptable était affecté au remboursement d'engagements vis-à-vis de l'État, et l'entité ne disposait d'aucune autonomie réelle ou de possibilités de développement basé sur un autofinancement car tout l'argent encaissé était reversé à l'État. La combinaison de ces éléments démontre l'absence d'« indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier

---

[2381]E. Silva Romero, *Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICC Case Law*, *in* E. Gaillard et J. Younan (éds), *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration n° 4, 2008, p. 49.

[2382]V. Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, n° 85-14.843, *Benvenutti et Bonfant* c/ *Banque commerciale angolaise : Bull. civ.* 1987, I, n° 244, p. 178 : « Il ne peut être admis que le contrôle exercé par un État suffit à faire considérer les organismes qui en dépendent comme des émanations de cet État ».

[2383]Cass. 1re civ., 27 janv. 1998, n° 95-16.457 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 31, p. 20.

[2384]Cass. 1re civ., 4 janv. 1995, n° 93-10.175, *Office des céréales de Tunisie* c/ *Sté Bec Frères : Bull. civ.* 1995, I, n° 6, p. 5.

[2385]Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 02-12.920 : *Bull. civ.* 2004, I, n° 135, p. 110.

[2386]Par ex. l'exercice d'activités purement privées et d'opérations commerciales courantes implique l'existence d'un patrimoine propre, CA Paris, 1er sept. 2005, *op. cit.* ; dès lors que les biens, même affectés par l'État, sont sous gestion économique de l'entreprise qui bénéficie de leur possession, de leur usage et de la disposition de ceux-ci, il n'y a pas d'absence d'autonomie financière ni de gestion, CA Paris, 31 janv. 2013, *Sté Orion Satellite Communications Inc.* c/ *Sté Federal State Unitary Enterprise « Russian Satellite Company » : Rev. arb.* 2013, p. 460, note N. Meyer Fabre ; une entité bénéficie encore d'une autonomie financière et de gestion dès lors qu'elle exerce les prérogatives du propriétaire sur les biens fédéraux nécessaires à l'exercice de ses fonctions, CA Paris, 27 juin 2017, n° 16/01314 ; ou encore, malgré la propriété par l'État de 70 % des actions et des prêts ou des avances pour l'acquisition d'avions, l'entité avait un résultat d'exploitation et un patrimoine propre composé de sept avions qui excluait toute confusion de patrimoine, Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, n° 15-22.688, non publié au bulletin (exécution dans le cadre d'une décision de justice revêtue de l'*exequatur*).

[2387]D. Cohen, *Sur l'émanation d'État*, in *Les relations privées internationales : Mél. en l'honneur du Professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 233-252, spéc. p. 240.

[2388]Cass. 1re civ., 6 févr. 2007, *Sté Nationale des Pétroles du Congo et République du Congo* c/ *Walker International Holding : Rev. arb.* 2007, p. 483, note L. Franc-Menget.

d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'État, et que son patrimoine se confondait avec celui de l'État ». Dans une seconde affaire, du 14 novembre 2007[2389], la première chambre civile a confirmé sa jurisprudence précédente, dans le cadre d'une exécution fondée sur des jugements anglais. Là encore, la cour relève la dépendance organique puis constate que le faisceau d'indices ne démontre pas une autonomie fonctionnelle de l'entité[2390].

661. – Application aux fonds souverains. Au regard des faisceaux d'indices précisés par la jurisprudence française – qui ne peuvent toutefois être interprétés comme une définition de principe de la théorie de l'émanation – et des caractéristiques habituelles des fonds souverains, il peut être pertinent de tenter de rapprocher l'entité de la théorie.

Ainsi, on a vu, en ce qui concerne l'aspect organique de la théorie de l'émanation, que l'examen part généralement de la constatation d'une personnalité juridique propre selon le droit local, ce qui paraît commun aux fonds souverains[2391]. Sont également déterminants : la détention capitalistique, or les fonds souverains sont bien souvent détenus intégralement par l'État ; et la structure de direction. Sur cet aspect, il ne semble pas possible de dégager une quelconque règle et le contrôle étatique sur la direction varie grandement, même si de manière générale ils ont pu être assimilés à cet égard à des autorités administratives indépendantes ou des banques centrales[2392]. Enfin, en ce qui concerne l'exercice d'une mission de service public, il s'agira certainement de faire la part belle entre l'activité à proprement parler qui est de nature commerciale, et la finalité de l'activité qui est généralement publique.

L'aspect fonctionnel semble lui bien plus délicat à traiter, étant donné la part hautement casuistique de la détermination. On peut toutefois identifier certains éléments importants tels que l'absence d'activité commerciale propre, l'affectation des revenus à l'État, et l'absence de développement propre de l'entité (du fait de l'absence de revenus réinvestis ou de budget indépendant). Du fait de la particularité des fonds souverains, qui sont des fonds d'investissement autant qu'ils sont souverains, il pourrait être plus ardu de démontrer une telle absence d'autonomie financière et de gestion. D'autant plus qu'*a contrario*, la jurisprudence a considéré que l'exercice d'activités privées et commerciales, et la gestion économique de telles entités, ou l'exercice de prérogatives de propriétaires sur leurs biens étatiques démontraient une telle autonomie.

662. – Extension de la théorie de l'émanation. La théorie de l'émanation en droit français trouve son application principalement dans le contentieux de l'exécution, afin de permettre d'étendre « le droit de poursuite du créancier (…)

[2389]Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, n° 04-15.388, *Sté Winslow B&T* c/ *Sté nationale des hydrocarbures : Bull. civ.* 2007, I, n° 355.

[2390]En l'espèce, le contrat d'association entre l'État et l'entité ne prouvait pas l'autonomie, les notifications destinées à l'État étaient faites au siège de l'entité, l'entité rendait des services à l'État non rémunérés, ses revenus étaient partiellement reversés à l'État et n'étaient pas réinvestis, enfin l'entité ne disposait pas de budget ou de programme d'action susceptible de justifier de son autonomie financière.

[2391]À titre d'exception, on peut citer le fonds souverain du Vénézuela qui est dépourvu de personnalité juridique et est rattaché à la banque centrale, V. *Ley de creación del Fondo para la Estabilización Macroeconómica*, 27 nov. 2003, art. 1.

[2392]Bismuth, *op. cit.*, p. 574.

en cas de confusion des patrimoines notamment aux organismes publics qui dépendent d'un État étranger »[2393]. Toutefois, l'absence d'autonomie fonctionnelle de l'entité, considérée comme une ingérence de l'État telle que la distinction organique entre ce dernier et son émanation ne peut être considérée que fictive, on peut aisément rapprocher l'émanation de la théorie de la levée du voile social ou de l'*alter ego*[2394]. Rien n'interdit de ce fait d'envisager que la théorie de l'émanation ne puisse être utilisée aux fins d'étendre la clause compromissoire sur ses fondements structurels – par opposition au fondement contractuel consacré par la commune volonté des parties et l'intention implicite[2395].

663. – La cour d'appel de Paris a, par un arrêt en date du 29 novembre 2016, prouvé qu'elle était prête à appliquer sa jurisprudence sur l'émanation dans un contexte tout autre que le contentieux de l'exécution, en l'occurrence pour examiner la compétence d'un tribunal en arbitrage d'investissement[2396]. Afin de déterminer si le demandeur à l'arbitrage était un investisseur au sens du TBI ou bien était assimilé à l'État, la cour a fait application de la théorie de l'émanation susmentionnée en appliquant les mêmes critères. À ce titre, l'appréciation de la cour d'appel de Paris tranche avec la détermination habituelle en la matière dans la jurisprudence arbitrale, qui tourne bien souvent, en application du *Broches test*[2397], autour de l'activité de l'entité[2398].

664. – Fondement pour l'extension structurelle de la clause compromissoire ? S'il est difficile de trouver en droit positif des éléments permettant d'étendre la clause compromissoire en considérant que le consentement de l'État équivaut à celui de son émanation et inversement, on a pu voir *a contrario* des litigants tenter d'invoquer la théorie de l'émanation dans ce but. Ainsi, dans un arrêt en date du 1er juin 1999, était-il soutenu qu'une clause d'arbitrage stipulée entre l'État roumain et un investisseur libanais avait vocation à s'appliquer à une entreprise d'État roumaine. La cour n'a pas retenu ce moyen car il n'était pas soutenu ni démontré que l'entreprise d'État « ait pu à un titre quelconque s'identifier avec l'État roumain signataire »[2399]. Un tel argument ne peut que rappeler la problématique relative aux groupes de sociétés où l'on a pu

---

[2393]CA Paris, 27 juin 2017, n° 16/01314.

[2394]L. Franc-Menget, *La qualification d'une entité d'émanation d'État : une solution rarement retenue par la Cour de cassation, note ss Cass. 1re civ., 6 févr. 2007 : Rev. arb.* 2007, p. 495. – N. Meyer Fabre, *Émanation de l'État, renonciation à l'immunité d'exécution : du bon usage de concepts en vogue, note ss CA Paris, 31 janv. 2013 : Rev. arb.* 2013, p. 471.

[2395]D. Cohen, *Sur l'émanation d'État*, in *Les relations privées internationales : Mél. en l'honneur du Professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 243-244.

[2396]CA Paris, 29 nov. 2016, *État d'Ukraine* c/ *Sté Pao Tatneft : Rev. arb.* 2017, p. 500, note L. Franc-Menget.

[2397]V. S. Lemaire, *Treaty Claims et Contract Claims : la compétence du Cirdi à l'épreuve de la dualité de l'État : Rev. arb.* 2006, p. 353.

[2398]Pour l'application du *Broches test* aux fonds souverains, V. G. Hanessian et K. Duggal, *The Role of Sovereign Wealth Funds and National Oil Companies in Investment Arbitrations*, *in* J. W. Rowley, D. Bishop et G. Kaiser (éds), *The Guide to Energy Arbitrations*, Law Business Research Ltd, 2017, p. 88-101. À noter toutefois que la jurisprudence arbitrale considère par exemple que lorsque les activités exercées par l'entité sont identiques à celles d'un opérateur privé, l'entité ne peut être qualifiée d'émanation, V. Décision sur la compétence, 1er déc. 2000, aff. ARB/97/4, *Ceskoslovenka Obchoni Banka, A.S.* c/ *The Slovak Republic* (sur un établissement de crédit).

[2399]CA Paris, 1er juin 1999, *Sté Tarom* c/ *Sté Khayat Travel and Tourism : Rev. arb.* 2000, p. 493. – Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 99-19.878 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 94, p. 73 confirmant l'arrêt d'appel.

admettre une extension fondée sur une assimilation économique, que l'on pourrait tirer d'une confusion des patrimoines.

665. – Les moyens de défense au rayonnement de la clause. En matière d'arbitrage international, il est constant que l'existence d'une convention d'arbitrage agit comme une renonciation à l'immunité de juridiction de l'État[2400]. De façon similaire, le recours à un arbitrage sous l'égide de la CCI emporte renonciation aux immunités de juridiction et d'exécution[2401]. Cette renonciation de l'État, fondée sur l'expression d'une volonté[2402], peut-elle s'opérer dans le cadre d'une extension ? On peut se demander si la manifestation de la volonté requise pour étendre la clause d'arbitrage suffit à entraîner une renonciation par l'État à ses immunités de juridiction et d'exécution. En ce qui concerne d'éventuelles défenses relatives à l'arbitrabilité, celles-ci semblent peu susceptibles de prospérer du fait de l'admission de principe de l'arbitrabilité des litiges concernant les personnes publiques en matière internationale. Le principe reste toutefois à l'inarbitrabilité en matière interne.

Au-delà de ces moyens de défense relatifs à la souveraineté des États, qui semblent limités, le simple fait qu'un faisceau complet d'indices jurisprudentiels, établis ci-dessus, existe, dénote une grande sensibilité de chaque cas aux faits de l'espèce. L'analyse au cas par cas de l'opportunité d'étendre la clause compromissoire laisse une grande marge aux groupements publics pour contester cette extension, comme en atteste le faible nombre de décisions ayant retenu celle-ci.

[2400]E. Gaillard, *Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales : Bull. ASA* 2000, p. 471-481, spéc. p. 471. V. aussi CA Rouen, 20 juin 1996, *Sté Bec Frères* c/ *Office des céréales de Tunisie : Rev. arb.* 1997, p. 263.

[2401]Cass. 1re civ., 6 juill. 2000, *Creighton* c/ *Qatar : Rev. arb.* 2001, p. 114.

[2402]V. par ex. *Nioc* c/ *État d'Israël : Rev. arb.* 2002, p. 427 et s., note P. Fouchard.

La fin de la convention d'arbitrage

666. – Introduction. Si l'on a pu considérer la clause d'arbitrage comme « indestructible »[2403], il demeure possible, mais rare, que celle-ci s'éteigne. L'extinction emporte « le dénouement du lien juridique »[2404] pour l'avenir et se distingue de ce fait de la nullité entraînant l'anéantissement rétroactif d'une obligation n'ayant jamais existé[2405]. Ici, le lien juridique est la convention d'arbitrage et l'obligation qui en découle est celle de soumettre le litige à un tribunal arbitral. L'extinction de la convention d'arbitrage est donc une notion générique qui englobe sa caducité, révocation, ou encore sa résolution.

667. – Distinction entre deux fins arbitrales : celle de la convention et celle de l'instance arbitrale. En principe, la clause compromissoire survit malgré l'extinction de l'instance arbitrale[2406]. En revanche, cette distinction ne vaut pas pour le compromis dont le sort est lié à celui de l'instance arbitrale. Par exemple, en cas d'expiration du délai d'arbitrage, lorsque le délai imposé aux arbitres expire sans que le litige ait été tranché, le compromis s'éteint et les parties ne sont pas tenues de reconstituer un tribunal arbitral pour trancher le litige. De même, lorsque l'instance prend fin suite au prononcé de la sentence, le compromis ne produit plus d'effet dans le cas où un nouveau litige naîtrait postérieurement au prononcé de la sentence[2407]. La distinction entre les deux conventions est donc ici tranchée[2408] : « si l'expiration du délai d'arbitrage met fin à l'instance arbitrale telle qu'elle a été organisée une fois le litige né, la compétence arbitrale résultant de la clause compromissoire subsiste quant à elle, ce qui oblige toujours les parties à recourir à l'arbitrage »[2409].

668. – Extinctions de la convention d'arbitrage et du contrat principal. En application du principe d'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal[2410], la convention d'arbitrage ne s'éteint pas du seul fait de l'extinction de ce dernier. Par conséquent, les litiges relatifs aux causes d'extinction du contrat principal et à ses effets sont soumis à la clause compromissoire. Ainsi, en cas de

---

[2403]A. Rogers et R. Launders, *Separability – the Indestructible Arbitration Clause : Arb. Int.* 1994, vol. 10, n° 1, p. 77. – Th. Clay, note ss Cass. soc., 9 oct. 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 348.

[2404]G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11e éd., 2016.

[2405]R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 12e éd., 2017, n° 429.

[2406]Paris, 7 juill. 1992 : *Rev. arb.* 1994, p. 728, note. Th. Bernard ; Cass. 2e civ., 18 févr. 1999 : *Rev. arb.* 1999, p. 299, note Ph. Pinsolle.

[2407]Sur cette question, V. plus gén. Ph. Grandjean, « La durée de la mission des arbitres » : *Rev. arb.,* 1995, p. 39 ; Ch. Jarrosson, « Chronique de droit de l'arbitrage » : *Rev. jur. com.* 1997, p. 77, spéc. p. 79.

[2408]V., au sujet de la dichotomie entre les deux conventions, *supra*, n° 191 et s.

[2409]Colmar, 21 sept. 1993 : 1994, p. 348, note D. Cohen.

[2410]CPC, art. 1447. Sur cette question, V. *supra*, n° 209 et s.

prescription de l'action au fond sous-jacente, pour que l'action soit jugée irrecevable, il faut mettre en œuvre la convention d'arbitrage qui reste efficace[2411] et il appartiendra donc au tribunal arbitral de déclarer que l'action est irrecevable[2412], ce qui n'est pas toujours économe, mais peut être remédié par une bifurcation et un règlement précoce d'une telle question préliminaire[2413]. Plus encore, en cas de novation du contrat, si l'extinction des obligations du contrat rend sans objet la clause compromissoire, il n'en demeure pas moins que la convention d'arbitrage reste efficace[2414]. Il en est de même en cas de transaction : la clause compromissoire n'est pas privée de son efficacité du seul fait que les parties ont conclu une transaction[2415]. Dans cette hypothèse, la clause compromissoire aura pour objet de résoudre les litiges pouvant résulter de la transaction elle-même, telles les questions de validité ou d'exécution de la transaction. Si la cause d'extinction la plus courante de la convention d'arbitrage est la renonciation par les parties (Chapitre 1), il arrive que la convention d'arbitrage s'éteigne dans d'autres hypothèses plus originales (Chapitre 2).

[2411]Cass. com., 21 janv. 1992 : *Rev. arb.* 1995, p. 57, note P. Ancel.

[2412]Pour une illustration, V. Sent. CCI n° 4491 (1984) : *JDI* 1985, p. 966, obs. S. Jarvin.

[2413]Règl. d'arbitrage SIAC (2016), art. 29 ; Règl. d'arbitrage SCC (2017), art. 39. Cette solution est également préconisée par la CCI : V. *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 30 oct. 2017, 59 et s.

[2414]Cass. 1re civ., 10 mai 1988 : *Rev. arb.* 1988, p. 639, note Ch. Jarrosson.

[2415]Cass. 1re civ., 2 avr. 2014 : *Rev. sociétés* 2014, p. 584, note B. Le Bars ; *LPA* 2014, n° 214, p. 4, obs. A. Lapunzina-Veronelli.

Chapitre 1

La renonciation par les parties à la convention d'arbitrage

Section 1

Exigence d'une renonciation commune et non équivoque

669. – Saisine du juge étatique d'une demande au fond. Les parties ont la faculté de renoncer à la clause compromissoire et donc de neutraliser son efficacité[2416]. En revanche, cette renonciation est subordonnée à plusieurs conditions : elle doit être commune, réciproque et sans équivoque[2417]. En ce qui concerne la saisine du juge étatique, la partie n'est réputée avoir renoncé à la convention d'arbitrage que si elle saisit le juge étatique d'une demande au fond[2418]. Par conséquent, l'introduction d'une demande de mesure conservatoire et la saisine du juge des référés ne valent pas renonciation[2419]. De même, le créancier qui soumet une demande de déclaration de sa créance au passif du débiteur dans le cadre d'une procédure collective n'est pas réputé avoir renoncé au bénéfice de la clause compromissoire dès lors qu'il n'émet aucune prétention sur le bien-fondé de la créance[2420]. Par ailleurs, il faut que la demande au fond introduite devant le juge entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Ainsi, la constitution de partie civile dans le cadre d'une procédure pénale n'emporte pas par elle-même renonciation à la convention d'arbitrage dès lors qu'aucune demande indemnitaire n'a été formulée devant la juridiction répressive[2421].

[2416] Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : *Rev. arb.* 2006, p. 983, note J.-Y. Garaud et Ch.-H. de Taffin. La cour affirme expressément qu'« il est loisible aux parties de renoncer à l'exécution d'une convention d'arbitrage ».

[2417] Cass. 2e civ., 18 févr. 1999, préc. – Paris, 7 avr. 2015, n° 15-00512 : *Cah. arb.* 2015, n° 2, p. 380, note P. Pedone et P. Daureu.

[2418] Cass. 1re civ., 1er avr. 2015, n° 14-14.552 : *Cah. arb.* 2015, n° 2, p. 303. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, n° 16-11.413 : *AJC* 2017, p. 343, note M. de Fontmichel.

[2419] Cass. 2e civ., 7 mars 2002 : *D.* 2002, p. 1113. – Cass. com., 4 oct. 2005, n° 03-18.482 : *Gaz. Pal.* 29 déc. 2005, n° 363, p. 10 ; *contra*, Cass. 1re civ., 9 oct. 1990 : *Rev. arb.* 1991, p. 305, note M.-L. Niboyet-Hoegy.

[2420] Cass. 1re civ., 1er avr. 2015, n° 14-14.552 : *Cah. arb.* 2015, n° 2, p. 303, note S. Achille.

[2421] Paris, 10 mai 2010, n° 09/10252 : *D.* 2010, p. 2933, note Th. Clay. – CA Paris, 7 avr. 2015, préc.

670. – Saisine non contestée par le défendeur. Afin que l'exigence de renonciation commune soit remplie, la saisine du juge étatique d'une demande au fond ne doit pas être contestée par le défendeur. En effet, ce n'est que si la partie attraite devant le juge étatique ne soulève pas d'exception d'incompétence que les parties sont réputées avoir renoncé à l'arbitrage. En revanche, l'exception d'incompétence doit être soulevée par le défendeur *in limine litis* avant toute défense au fond[2422]. Ceci tient à la nature même de l'exception tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, laquelle est considérée, peut-être à tort, comme une exception de procédure[2423] insusceptible d'être soulevée en tout état de cause, contrairement à la fin de non-recevoir[2424]. Par conséquent, l'ordre chronologique de présentation des arguments est de rigueur : il ne suffit pas que le défendeur réserve dans le dispositif de ses conclusions le droit de soulever ultérieurement l'incompétence du juge étatique mais il doit soulever l'exception d'incompétence avant de formuler ses défenses au fond[2425].

671. – Autre exemple de renonciation. Les parties sont également considérées avoir renoncé à la clause arbitrale lorsqu'elles la substituent par une clause de résolution de litige postérieure d'une autre nature[2426]. En revanche, l'abandon de l'instance arbitrale ne vaut pas renonciation à la clause compromissoire, dont l'extinction se distingue de celles de l'instance et du contrat principal[2427].

Section 2

Effets de la renonciation

672. – Conséquences procédurales. La renonciation à la convention d'arbitrage a pour effet de priver la convention d'arbitrage de son efficacité. Du point de vue de l'arbitre, une telle renonciation doit le conduire à se déclarer incompétent[2428] et, du point de vue du juge français, qui peut alors constater l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, il pourra se déclarer compétent pour connaître du litige qui lui est soumis[2429].

[2422]Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, n° 09-13.618 : *Rev. arb.* 2010, p. 495, note P. Callé. – Cass. 1re civ., 13 mai 2020, n° 18-25.966, *Kimmolux : Dalloz actualité*, 12 juin 2020, obs. G. Sansone ; *D.* 2020, 1113 ; *ibid.* 2484, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2020, comm. 147, obs. L. Weiller ; *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

[2423]Cass. 2e civ., 22 nov. 2001, n° 99-21.662 : *Rev. arb.* 2002, p. 371, note Ph. Théry. – Cass. 2e civ., 21 déc. 2006, n° 06-13.669 : *Rev. arb.* 2007, p. 132. – Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-12.477 : *Rev. arb.* 2010, p. 495, note P. Callé. – Cass. 2e civ., 19 oct. 2017, n° 16-21.813 : *RDC* 2018, n° 1, p. 76, note X. Boucobza.

[2424]CPC, art. 74. – S. Guinchard (ss dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2017-2018, nos 351.61 et s.

[2425]Cass. 2e civ., 19 oct. 2017, préc. – Cass. 1re civ., 2 déc. 2020, n° 19-15.396, *Schooner*, où la Cour de cassation considère, à l'inverse de la cour d'appel (CA Paris, 2 avr. 2019, n° 16/24358), que la renonciation présumée par l'article 1466 vise des catégories de moyens et non des griefs concrètement articulés. Ainsi, dès lors qu'une partie a contesté la compétence devant les arbitres, elle est libre de la discuter de nouveau devant le juge en se prévalant de nouveaux moyens, arguments ou preuves.

[2426]Cass. 1re civ., 11 juill. 2006 : *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin.

[2427]Sur cette question, V. *supra*, n° 667.

[2428]Pour une illustration, V. Sent. CCI n° 10904 (2002) : *Rec. sent. arb. CCI 2001-2007*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 363, § 39-55.

[2429]Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, préc. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, préc.

673. – Étendue : litige en cours ou tout litige ? Comme déjà vu[2430], la renonciation prive le compromis d'effet pour tout litige, y compris pour les litiges à venir. La question est plus délicate en ce qui concerne la clause compromissoire puisqu'elle n'est pas censée avoir été conclue en considération d'un futur litige spécifique *mais pour tout litige venant à naître*. Malgré cette spécificité, il semble que la jurisprudence tende à considérer que la clause compromissoire est privée d'effet de manière générale, y compris pour trancher un litige autre que celui dans le cadre duquel la renonciation a eu lieu[2431]. La solution pourrait se justifier au regard de l'exigence de loyauté procédurale : il serait contradictoire qu'une partie saisisse d'abord le juge étatique d'une demande pour ensuite soulever son incompétence et se prévaloir de la clause compromissoire pour la résolution d'un litige connexe.

[2430] V. *supra*, n° 667.

[2431] Cass. 1re civ., 6 juin 1978 : *Rev. arb.* 1979, p. 230, note P. Level. – Cass. 1re civ., 23 janv. 2007 : *Rev. arb.* 2007, p. 290, note E. Teynier et P. Pic. – Cass. 1re civ., 20 avr. 2017, préc.

Chapitre 2

Hypothèses originales conduisant à l'extinction de la convention d'arbitrage

Section 1

Les incidents intrinsèques à la clause

674. – Clause compromissoire novée ou pathologique. Nonobstant le principe d'autonomie applicable même en matière de novation[2432], une clause arbitrale insérée dans un contrat qui substitue le contrat conclu antérieurement peut valoir novation et éteint la première clause compromissoire qui ne peut plus revivre[2433]. Par conséquent, la nouvelle clause compromissoire rédigée de manière restrictive ne peut être étendue à d'autres litiges sur le fondement des termes de l'ancienne clause. Par ailleurs, bien que la jurisprudence française œuvre dans la grande majorité des cas à sauver les clauses dites « pathologiques »[2434], certaines juridictions ont pu, dans le passé[2435], annuler ces clauses, notamment lorsque le centre d'arbitrage visé n'existait plus[2436].

[2432]V. Cass. 1re civ., 10 mai 1988 : *Bull. civ.* 1988, I, n° 139. – Aix-en-Provence, 6 févr. 2020, n° 19/14154, *Airbus Helicopters*, in *Dalloz actualité*, 27 févr. 2020, chron. J. Jourdan-Marques ; plus généralement V. *supra*, n° 210 et s.

[2433]Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 3383 (1979) : *JDI* 1980, p. 978, obs. Y. Derains ; V. aussi en matière maritime : CA Paris, 5e ch. A, 20 nov. 2007 : *DMF* 2009, p. 260. – CA Aix-en-Provence, 2e ch., 7 mai 2009, n° 2009/203, « La clause attributive de juridiction insérée dans une lettre de garantie fait novation à la clause compromissoire initiale et se substitue à la clause initiale de la charte partie. Il n'y a pas lieu d'appliquer le principe compétence-compétence ».

[2434]Sur la question, V. *supra*, n° 495 et s.

[2435]TGI Paris, 8 sept. 1983 : *Rev. arb.* 1983, p. 479, note B. Moreau. – Versailles, 3 oct. 1991 : *Rev. arb.* 1992, p. 654, note D. Bureau.

[2436]Cette jurisprudence semble toutefois supplantée par des décisions plus récentes et favorables à la survie de la clause : V. CA Paris, 20 mars 2012 : *Rev. arb.* 2012, p. 805.

Section 2

Les incidents extrinsèques à la clause

675. – La violation de la convention d'arbitrage : saisine du juge étatique et *anti-suit injunction*. L'inexécution par l'une des parties de la convention d'arbitrage conduit-elle à son extinction ? La réponse semble être négative dès lors que le droit français prévoit plusieurs mécanismes permettant de remédier à la violation de la convention d'arbitrage tels que le principe compétence-compétence ou encore la compétence du juge d'appui de nommer l'arbitre en cas de défaillance de la partie. Sous cet angle, le manquement par l'une des parties aux obligations qui découlent de la convention d'arbitrage ne prive pas d'effet la convention d'arbitrage, tout au contraire, il est sanctionné par une exécution en nature[2437] garantissant ainsi l'efficacité du recours à l'arbitrage. Cette exécution en nature est renforcée dans les pays de *common law* par le mécanisme des injonctions *anti-suit* (V. aussi *infra*, n° 1319). En effet, le juge peut enjoindre une partie, sous peine de sanctions pour outrage au tribunal, de ne pas initier ou poursuivre une action devant les tribunaux étatiques en violation de la convention d'arbitrage[2438]. Le juge anglais est doté de ce pouvoir même lorsque le juge saisi est un juge étranger[2439] sauf lorsqu'il s'agit du juge d'un État membre de l'Union européenne. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne) a jugé que l'injonction *anti-suit* était contraire à la Convention de Bruxelles[2440] en ce qu'elle porte atteinte à l'effet utile du texte et au principe de confiance mutuelle en vertu desquels il appartient au juge saisi de statuer sur sa propre compétence[2441]. En revanche, cette interdiction ne s'applique pas lorsque l'injonction *anti-suit* est prononcée par le tribunal arbitral lui-même, cette hypothèse était en dehors du champ d'application des textes européens[2442]. En sus de l'exécution en nature, certains pays tels les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Espagne et la Suisse, sanctionnent la violation de la convention d'arbitrage par le paiement de dommages-intérêts[2443]. Plus encore, le juge anglais a affirmé que

---

[2437] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 631.

[2438] S. Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage : Rev. arb.* 2001, p. 669-706, spéc. p. 678.

[2439] Par ailleurs, la Cour de cassation française a reconnu une injonction *anti-suit* prononcé par le juge américain : V. Cass. 1re civ., 14 oct. 2009 : *Rev. crit. DIP* 2009, p. 158, note H. Muir Watt.

[2440] Remplacé aujourd'hui par le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale refondu par le règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (Bruxelles I bis). Le juge anglais a récemment confirmé que la solution *West Tankers* demeure applicable sous l'égide du règlement Bruxelles I bis : *Nori Holdings Ltd et al.* c/ *PJSC Bank Okritie Financial Corporation* [2018] EWHC 1343 (Comm).

[2441] CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *West Tankers* c/ *Allianz : Rev. arb.* 2009, note S. Bollée, p. 413 ; V. déjà les critiques doctrinales, S. Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage : Rev. arb.* 2001, p. 669-706, spéc. p. 679. – E. Gaillard, *Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international : Rev. arb.* 2004, p. 47-62, spéc. § 2.

[2442] CJUE, 13 mai 2015, aff. C-536/13, *Gazprom : Rev. arb.* 2015, p. 896-904.

[2443] J.-P. Fierens et B. Volders, *Monetary Relief In Lieu of Anti-Suit Injunctions for Breach of Arbitration Agreements : Revista Brasileira de Arbitragem* 2012, p. 92 et s., spéc. p. 95.

l'interdiction d'ordonner une injonction *anti-suit* ne fait pas obstacle à la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts pour pallier la violation de la clause arbitrale[2444].

676. – La violation de la convention d'arbitrage : défaut de paiement des frais. Le défaut de paiement de la provision des frais de l'arbitrage, lorsque l'arbitrage est organisé par un centre d'arbitrage dont le règlement prévoit cette sanction, ou de la provision sur honoraires par exemple dans un arbitrage *ad hoc*, vaut, selon certains systèmes juridiques, violation de la convention d'arbitrage. La jurisprudence allemande érige l'incapacité de couvrir les frais d'arbitrage en une cause de résiliation de la convention d'arbitrage[2445]. En droit suisse, la défaillance d'une partie dans le paiement de la provision ouvre la possibilité à l'autre partie de choisir entre l'arbitrage et le juge étatique consacrant en quelque sorte l'inopposabilité de la convention d'arbitrage[2446]. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence américaine annule la clause compromissoire au profit de l'action de groupe dans le cas où l'arbitrage s'avère excessivement onéreux[2447]. Sur le plan institutionnel, la Chambre de commerce franco-arabe prévoit dans son règlement d'arbitrage que la défaillance des deux parties dans le paiement de la provision des frais d'arbitrage vaut renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage[2448].

677. – L'annulation de la sentence arbitrale interne. Selon l'article 1493 du Code de procédure civile, le juge étatique qui annule la sentence arbitrale interne ne renvoie pas les parties à se pourvoir devant un tribunal arbitral autrement constitué mais statue lui-même au fond du litige, et ce dans les limites de la mission confiée à l'arbitre. C'est donc bien une hypothèse d'extinction indirecte de la convention d'arbitrage. La jurisprudence interprète toutefois restrictivement cet article et considère que ce dernier ne s'applique pas lorsque la sentence est annulée du fait d'une convention d'arbitrage simplement inopposable[2449].

678. – Le sort de la clause arbitrale conclue *intuitu personae*. Dans le cas où la personne en considération de laquelle la clause arbitrale a été conclue n'est plus partie à la procédure, la clause devient-elle inefficace ? L'*intuitu personae* de la clause arbitrale peut tenir à la personne de l'arbitre ou à la personne de la partie adverse. Le caractère *intuitu personae* de la clause compromissoire n'est pas totalement ignoré en droit français. En ce qui concerne l'arbitre, le droit français antérieur à la réforme de 2011 prévoyait que le refus de l'arbitre nommément désigné rendait le compromis caduc[2450]. En ce qui concerne les parties, la jurisprudence française a pu prendre en

---

[2444] *West Tankers Inc* v. *Allianz SpA & Anor* [2012] EWHC 854 (Comm), 4 avr. 2012 : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 636.

[2445] R. Trittmann et I. Hanefeld, *Part II : Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II : Arbitration Agreement, § 1029 – Definition*, *in* P. Nacimiento et Stefan Michael Kroll (éds), *Arbitration in Germany : The Model Law in Practice*, 2e éd., 2015, p. 79-93, spéc. p. 93.

[2446] CPC suisse, art. 378 (2) : « Si une partie ne verse pas l'avance de frais qui lui incombe, l'autre partie peut avancer la totalité des frais ou renoncer à l'arbitrage. Dans ce cas, cette dernière peut introduire un nouvel arbitrage ou procéder devant l'autorité judiciaire pour la même contestation ».

[2447] Sur cette question, V. *supra*, n° 323 et s., Encart 15

[2448] Règl. d'arbitrage de la Chambre de commerce franco-arabe (2010), art. 5 : « À défaut de paiement dans le délai fixé, le Centre est en droit de considérer l'instance arbitrale caduque, les frais administratifs lui demeurant acquis et les autres provisions versées sont restituées. Cette caducité sera considérée comme étant une renonciation à la demande d'arbitrage et un désistement du bénéfice de la clause compromissoire en ce qui concerne le litige objet de ladite demande ouvrant la possibilité de recourir aux tribunaux étatiques du siège de la partie non défaillante, que les parties considèrent d'ores et déjà comme exclusivement compétents, afin de trancher le litige ».

[2449] Cass. 1re civ., 6 mars 2013 : *Rev. arb.* 2013, p. 396, note J. Pellerin.

[2450] CPC, ancien art. 1448, al. 3 ; V. aussi en droit comparé (libanais) : TGI Jdeideh El-Metn, 3 juill. 2006, n° 12/2006 : *International Journal of Arab Arbitration* 2009, n° 1, p. 331, note A. Rahal, qui a décidé que la clause

compte le caractère *intuitu personae* comme exception à la transmission de la clause compromissoire aux parties non signataires[2451]. Certaines juridictions étrangères prennent également en compte ce critère. Ainsi, certaines juridictions suisses ont décidé que la clause ne pouvait pas être invoquée par une partie autre que ses signataires originaires lorsqu'elle aurait été conclue *intuitu personae*[2452].

679. – Conclusion. Ce n'est pas qu'un jeu de mots de dire qu'effet et efficacité de la clause compromissoire fusionnent parfaitement et illustrent fort bien le libéralisme qui domine la matière, sur le plan interne, mais surtout international, où la jurisprudence évoque encore un « principe de validité et d'efficacité propres » de la convention d'arbitrage. Au-delà du principe compétence-compétence, dont le champ est constamment protégé à la fois par ses effets positifs et négatifs mais aussi par le caractère particulièrement strict qu'applique la jurisprudence à la notion de « nullité et d'inapplicabilités manifestes », les phénomènes de circulation de la clause d'arbitrage à des tiers substitués et celui de rayonnement à des tiers adjoints sont constamment et depuis longtemps affirmés par la jurisprudence, et désormais par le législateur, qui, au travers des dernières rédactions de l'article 2061 du Code civil et 1442 du Code de procédure civile, favorise le plein épanouissement de cette clause, par-delà les litiges strictement visés par celle-ci et des personnes qui l'ont initialement ou formellement souscrite.

680. – Meilleur aliment de l'arbitrage, la convention d'arbitrage et notamment la clause compromissoire, fait effectivement fonctionner le moteur arbitral à plein régime, mais elle reste une créature difficile à cerner, traversée par des caractères juridiques parfois contradictoires, au premier chef desquels figure son caractère contractuel, mais sans oublier ses caractères accessoires, dérogatoire et procédural. Tous cohabitent avec plus ou moins de tension, d'où il ressort, *in fine*, un régime marqué par certaines inconsistances mais avec une efficacité certaine. Si les conditions de fond – notamment l'arbitrabilité et le consentement – et de forme – qui valident désormais les clauses blanches et ne s'imposent même plus sur le plan international – de la convention d'arbitrage sont marquées par un certain minimalisme, qui ont conduit à parfois la considérer comme « insubmersible », c'est pour assurer certes son efficacité, mais surtout celle de la procédure arbitrale (V. *infra*, Partie 3), et *in fine* de la sentence (V. *infra*, Partie 4), que sa mise en œuvre doit permettre.

---

compromissoire nommant les arbitres est privée d'effet en cas de résignation des arbitres nommément désignés sauf accord des deux parties.

[2451]Cass. 1re civ., 28 mai 2002 : *D.* 2003, p. 2471, note Th. Clay : « Mais attendu qu'en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui (…) que la cour d'appel, qui a souverainement relevé que la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat initial n'avait pas été contractée en considération de la personne de la société Y ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tiers a légalement justifié ses décisions sur ce point ».

[2452]M. Scherer, *Three Recent Decisions of the Swiss Federal Tribunal Regarding Assignments and Transfer of Arbitration Agreements : Bull. ASA* 2002, p. 109.